

兜底条款中同质性解释规则的适用困境 与目的解释之补足

李 军

内容提要:同质性解释规则于兜底条款中的适用可以充分发挥例示法的优势,但是,这种优势的发挥必须在典型的例示法条文中。在没有达到该前提条件的非典型例示条文中,“生搬硬套”地适用只能导致同质性解释规则的“畸变”。例示法作为类型思维在立法中的体现,是由经验类型和价值评价共同构成的,其中起着决定性作用的是类型中的“价值评价”即规范目的。因此当同质性解释规则失灵时,应该回溯到特定类型所蕴含的规范目的,通过目的解释限定兜底条款的适用范围。但由于目的解释会因解释主体标准的不同而出现滑入类推的危险,通过类比解释与类推的区分,明确指出兜底条款中目的解释的运用属于类比解释,应受到所在条文特定构成要件中规范语义的约束。除此之外,还应警惕司法解释基于秩序维护之需要,以目的解释为途径将刑事政策“扩充”为刑法规范之目的。

关键词:同质性解释 目的解释 兜底条款 刑法适用

李军,福建农林大学文法学院讲师。

一 问题的提出

兜底条款的设置确实可以增强刑法规范的灵活性和社会适应性,但是由于存在较大的弹性,所以需要进行适当的限制。我国刑法学界对于适用兜底条款时必须遵守同质性解释规则已经形成共识。例如,有学者指出,“同质性解释规则于兜底条款中的适用就好比数学定理或公式,其正确性已经获得共识”。^{〔1〕}“同质性解释规则对于兜底条款的解释而言尤其具有方法论的意义”。^{〔2〕}同质性解释规则于兜底条款中的适用,可以合理限

〔1〕 张建军:《论刑法中兜底条款的明确性》,《法律科学》2014年第2期,第92页。

〔2〕 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页。

制后者不当扩张范围的“冲动”，保持同一规范条文内部规制对象间法律评价的一致性，所以对于兜底条款的适用而言，同质性解释规则是最佳的“合作拍档”。实务中的司法实践却证明这一事先推断过于理想化。从王力军贩卖玉米案等案件的判决书中，可以看出法官都适用了同质性解释规则，而案件的处理结果却揭示出，同质性解释规则于兜底条款中的适用存在着窘境和“不合拍”之处。这些问题的出现其实是“事出有因”的，因为同质性解释规则于兜底条款中的适用需要满足一定的前提条件，即兜底条款所在刑法条文本身具有类型化的典型特征，条文中列举项的选择代表了该特定类型的最经常发生的、最具有普遍性的事物。而且，“列举事物愈多，其特征的交集就会越具体，进而以其共同特征为基础的概括规定的内容也变得更为明确；反之，列举的类型之种类越少，其特征的交集就会越不具体，从而相应的概括规定的部分也越不明确”。^[3] 在我国刑法规范呈现出严重类型化不足的背景下，同质性解释规则于兜底条款中的适用面临着挑战，故而，必须借助目的解释，兜底条款的内容和边界才能够得以明确。

二 同质性解释规则适用中存在的问题

位于列举项之后的兜底条款是对应列举项相同类型之事物的“一揽子规定”，而不是用来涵摄与列举事项完全不同之类型的事项。因为从人类语言的角度来看，如果仅从字面意义解释兜底条款，其涵盖范围常常过于宽泛，所以法院并不会根据字面意义解释兜底条款。^[4] 正如国内最早提出兜底条款概念的储槐植教授所指出的，通过对其所在条文本身的理解，兜底条款的内涵和外延是可得明确的。^[5] 如是，指摘兜底条款可以无所不包的观点不过是对兜底条款的误读。因为兜底条款涵摄范围的界定并不具有独立性，必须保持与列举项是同一类型，这种限制兜底条款适用范围无限扩张的规则被称为同质性解释规则。

同质性解释规则又称为只含同类规则，起源于拉丁语“*eiusdem generis*”，意指“相同类别”。^[6] 通常是指在解释制定法或规范性文件时，如果某一条文先描述某一类或特定类事项，紧接其后使用了概括性的语词，那么该概括性语词所包含的对象只限于与前文中特定语词所表达之同类的人或事。^[7] 可见，理论界之所以一致认为兜底条款的适用需要遵循同质性解释规则，是因为同质性解释规则的限制性功能与兜底条款的开放性“完美”地契合了。同质性解释规则自创立以来，各国纷纷采用并沿用至今。例如，在美国 *United State v. Stever* 一案中，法院曾指出在某一特定条文中，对于紧接在列举性描述之后词语的理解，除非有明确相反的指示，应被理解为与条文中列举事项相同或类似的事项。^[8]

[3] 黄茂荣著：《法学方法与现代民法》（第5版），法律出版社2007年版，第191页。

[4] See John W. Curran, *Criminal and Non-Criminal Attempts*, *Georgetown Law Journal*, 19 (1931), pp. 223 - 224.

[5] 参见储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社1996年版，第358 - 359页。

[6] 参见[英]约翰·格雷著：《法律人拉丁语手册》，张利宾译，法律出版社2009年版，第58页。

[7] See Thomas E. Torphy, *The Maxim “Eiusdem Generis”*, *Insurance Law Journal*, no. 1 (1946), p. 15.

[8] 222 U. S. 167, 56 L. Ed. 145; 32 Sup. Ct. 51 (1911).

但需要指出的是,其本身蕴含着三个适用条件:(1)特定刑法条文中的列举项应有若干个而非一个;(2)条文中列举项之间应该相互具有共性且共同形成一个“有机体”,即构成一个特定类型;(3)列举项没有穷尽特定类型的所有情况。鉴于我国当前的刑事立法技术不成熟,很多例示条文属于非典型例示法条文,但总体来说问题比较突出的有三种情况。

(一)同质性信息与规范目的不符

以强奸罪为例。我国《刑法》第 236 条关于强奸罪的规定是“以暴力、胁迫或其他手段强奸妇女的……”。根据上述同质性解释规则的适用原理,此处的“其他手段”应该与条文中的“暴力”“胁迫”保持相同类型,即在暴力、胁迫方式之外其他具有强制力的方式或方法。虽然基于刑法规范用语的相对性,其中的“暴力”“胁迫”行为无需达到抢劫罪中的“足以压制对方反抗的程度”,但是基于刑法秩序的统一性,也必然具有一定的强制程度。相应地,“其他手段”亦应该体现为具有强制力的行为。然而,对于“其他手段”是否须具备“强制力”,我国刑法学界存在较大的分歧,整体上可以分成两大阵营。第一方是强制手段必要说。支持该立场的观点认为,强奸罪中的“其他手段”必须达到“暴力”“胁迫”行为的强制程度,因为考虑到仅凭被害人单方面的主观意愿作为是否成立犯罪的依据,很容易将生活中的“通奸”“半推半就”的情形包括进去。^[9]另一方的观点亦可以称为“违背妇女意志说”。学者认为,“违背妇女意志”是强奸罪的本质特征,暴力、胁迫或其他手段是作为判断行为是否符合“违背妇女意志”的重要情节而非必备因素。^[10]因为非强制手段之行为对妇女的性自主权的侵害与强制手段之效果并没有本质上的不同。^[11]

根据上述强制手段必要说的观点,应该将通过欺骗行为或当被害人是精神病人时的性行为排除在强奸罪之外,因为此时行为人并没有使用具有强制力的手段行为。但持该立场的学者认为,此种情形依然构成强奸罪,理由是:通说认为强奸罪是由手段行为(暴力、胁迫等)+目的行为(性交行为)的复行为构成的观点并不全面,因为在很多情况下,手段行为与目的行为无法分清楚,甚至是没有手段行为的。与精神病患者性交就没有使用手段行为,但该性交行为本身可以评价为使用了违背妇女意志的强行方法。^[12]笔者认为,强制手段必要说的这种回答本身就是以子之矛攻子之盾,既然其认为在强奸罪中并不必然要求有手段行为,那么其所强调“强制”的对象必然是妇女的性自由意志。如是,强制手段必要说中手段行为是行为人违背被害人意志的征表,那么也就说明,该立场也认为违背被害人意志才是强奸罪的本质与规范目的,对行为是否构成强奸罪起到决定性作用。另有判决指出,妇女被骗而同意发生性关系,是基于对性关系的性质产生错误的认识而作出了错误的意思表示,应该将这种情形认定为“违背妇女意志”。^[13]“其他手段”的认定不需要以性行为中被害人是否进行了反抗或者有条件求助而没有求助作为是否违背妇女

[9] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第869-870页。

[10] 参见高铭喧著:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第118页。

[11] 参见胡东飞、秦红:《违背妇女意志是强奸罪的本质特征——兼与谢慧教授商榷》,《政治与法律》2008年第3期,第135页。

[12] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第871页。

[13] 参见(2017)黔23刑终67号。

意志成立强奸罪与否的依据。^[14]恰如有学者所指出的,尽管强奸行为最普遍的表现方式是强制手段,但它只是现象而不是本质,由于强制手段必要说将主要手段等同于强奸罪的本质,所以该学说不应该成为认定强奸罪的关键。^[15]由此可见,我国理论与司法实践对于强奸罪的认定中,手段的强弱并不是必备要件,违背妇女意志才是根本决定性因素。换言之,对于“其他手段”的理解,在强奸罪中,我国理论与实务界并没有遵守同质性解释规则,而将其范围限定为与条文中的“暴力”“胁迫”一样,属于使用强制手段的行为类型。

国外也有相同的立法例,比如,德国性强制罪经历1997年、2016年两次修改,均增添了暴力、胁迫以外违背被害人性意愿的非强制性手段行为。立法修改的背后是对公民性自主权利尊重、保护的彰显。如果一味地强调行为方式必须达到强制的程度,或者说必须使得兜底条款的范围与条文中例示项保持绝对一致,而违背对公民性自主权利保护之宗旨,其意义何在!不过这一点,我国最高人民法院在《刑事审判参考》发布的一则案例中得以明确强调。在该判解中法院指出,强奸罪侵犯的是被害人的性自主权,妇女是否同意才是判断该罪是否成立的关键,而对于被害人是否同意不应以其有无反抗作为标准。^[16]

通过上述关于强奸罪中“暴力、胁迫”“其他手段”以及“保护被害人性自主权的目的”的阐述,可以确认,条文中的例示项有的时候并不能够与条文目的完全保持一致,或者说例示项有的时候不能够完全代表条文所蕴含的类型特点,在此情况下,兜底条款的范围界定就不应该与例示项保持同质性,而应与条文的目的保持一致。解释生来就是对目的的表述,面对根本无法明确的立法,司法适用者只能上溯到规范的目的与意义来进一步确定和明确。^[17]美国第五巡回法院曾作出如下解释:同质性解释规则不是一项法律原则,相反,其仅仅是一项解释规则,用来帮助明确其所在成文法条文的意旨。如果该成文法条文的意旨是明确的,就绝不能通过同质性解释规则否定该条文的意旨,同质性解释规则通常用来防止条文中概括性条款被扩大解释为条文本身之意旨所没有涵摄的内容。^[18]

(二) 单一系列项的同质性信息不足

以《刑法》第246条侮辱罪为例。该条规定,“以暴力或者其他方法……”这类列举项仅为一项时,该如何确定紧随其后的兜底条款的边界?本文通过搜索司法判决书发现,被判处成立侮辱罪的行为不仅包括暴力行为如殴打、强行脱掉衣服等,还包括通过网络上传含有隐私的视频以及微博上的不当表述等非暴力行为方式。在裁判理由的阐述中,大多数法院并没有明确指明非暴力行为构成要件符合性判断的具体步骤,其中很多判决是直接以“其他方法公然侮辱他人的”^[19]作为裁判理由的。但是这很容易给人造成错觉,即任何一种行为只要给被害人带来影响都可以构成侮辱罪。所以有学者指出,只规定了一项列举项的例示法是不成功的立法例,因为事物皆具有多面性,类型是通过不同

[14] 参见(2018)苏0508刑初117号。

[15] 参见魏汉涛:《强奸罪的本质特征与立法模式之反思》,《环球法律评论》2012年第4期,第118页。

[16] 参见最高人民法院主编:《刑事审判参考》(总第102集),法律出版社2016年版,第48页。

[17] 参见[德]英格博格·普珀著:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第66页。

[18] Phillip v. Houston Nat. Bank (In re Gulfstates S. S. Co., Inc.), 108 F.2d 934, 936 (5th Cir. 1940).

[19] 参见(2010)管刑初字第516号刑事判决书。

事物之间的共性而构建的,而单一的例示项之下很难对其后的“等”“其他”的具体含义进行明确。^[20] 针对列举项提供信息不充分的情形,应该借助立法意旨的具体化对条文中兜底条款的内容进行明确。^[21]

“例示的类型越少,其特征的交集就会越不具体,从而相应的概括规定的部分也越不明确”。^[22] 单单一个列举事项作为组成一个类型的个别参数,其实是无法形成一个类型的。例如,美国在 *Allen v. Emerson* 一案中,对于地方法案中出现的“剧院或其他公共娱乐场所”内容进行理解时,阿斯奎思(*Asquith*)法官指出,目前为止,不是通过一系列(若干)事项的列举而确定一个类型的信息,而仅仅是由单一事项独立构成一个类型的先例没有出现。因为单单一个列举事项作为个别因素或参数是无法组成一个类型的。^[23] *United Towns Electric Co. v. Att-Gen for Newfoundland* 一案对此种情形亦持相同观点。^[24] 类型必须由若干事项共同构成,当条文中的类别性质仅仅由一个事项所构成,是不能够适用同质性解释规则的。^[25] 我国刑法中除了侮辱罪外,还有较多的条文亦仅仅列举一项作为例示项,而后直接紧跟兜底条款的立法例,如非法拘禁罪的“拘禁或其他方法”,准备实施恐怖活动罪中的“策划或其他准备的”等。而且,除定罪环节外,量刑情节中这类情形出现的频率更多。例如,盗窃罪中的“数额巨大或其他严重情节”“数额特别巨大或其他特别严重情节的”,在该兜底条款之前所列举的事项又是“数额”,但“数额”具有特殊性,其本身就已经穷尽了与数额相关的情形,所以盗窃罪中的兜底条款只能是数额之外的事项,也就是说,条文中的“数额巨大”与“数额特别巨大”无法为兜底条款提供太多的同质性信息。比如,很难说“盗窃一万元”与“盗窃丧失劳动能力人的财物”之间具有同质性。在此情形下该如何判断兜底条款的边界呢?早在 1998 年最高人民法院颁布的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中,将“累犯”作为兜底条款所包括的情形之一。有学者认为,该司法解释在与刑法总则中累犯的相关规范相冲突的同时,也违背了罪刑法定原则。^[26] 而有的学者则认为,将累犯作为盗窃罪中结果加重的情形有合理依据,并不与刑法总则中的规定相冲突。^[27] 本文认为,判断该司法解释是否具有合理性,应该分别从累犯和盗窃罪的结果加重犯之目的出发。累犯之所以成为从重处罚情节,在于行为人在已经接受过刑事处罚之后出现再次犯较重犯罪的情形,这说明行为人较初犯而言,主观恶性更大,改造也更难,所以需要规定较重的刑罚。^[28] 对该目的的了解,可以推论出累犯从重处罚更多地是为了预防犯罪的发生。盗窃罪中的结果加重犯是基于报应主义而加重的,即是基于较基本犯中的责任和不法程度加重。“法定刑升格的依据只能是责任的加重而

[20] 参见刘风景:《例示规定的法理与创制》,《中国社会科学》2009 年第 4 期,第 102 页。

[21] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》(第 5 版),法律出版社 2009 年版,第 58 页。

[22] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》(第 5 版),法律出版社 2009 年版,第 58 页。

[23] *Allen v. Emerson* (1944, 1 All E. R. 344).

[24] *United Towns Electric Co. v. Att-Gen for Newfoundland* (1939, 1 All E. R. 423).

[25] *Allen v. Emerson* (1944, 1 All E. R. 344).

[26] 参见胡乾辉、明新春:《盗窃犯罪累犯不宜加重处罚》,《人民检察》2006 年第 4 期,第 63 页;袁静:《盗窃并有累犯情节如何适用〈刑法〉和司法解释》,《中国检察官》2010 年第 2 期,第 59-60 页。

[27] 参见周详、齐文远:《刑事司法解释中的“累犯加重犯”之研究》,《法学家》2008 年第 5 期,第 143-144 页。

[28] 参见苏彩霞:《累犯从严根据之考察》,《云南大学学报(法学版)》2002 年第 3 期,第 39 页。

不是预防的必要性增大”^[29]将“累犯”列为盗窃罪中结果加重犯的情形之一与该规范的目的不一致。2013年最高人民法院和最高人民检察院出台的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》中,删除了“累犯”作为加重处罚情形的规定,也进一步证明“累犯”之目的与盗窃罪的规范目的不符。所以,在判断相关量刑情节条文仅有一则例示项的兜底条款中,亦要从具体的规范目的出发进行具体、实质的判断,而不是从形式上进行逻辑推理,才能够得出符合正义理念的结论。

(三)类型多元化而无同质性信息

有观点指出,非法经营罪沦为口袋罪的原因在于,其所列举的四项规定中,前三项尽管皆是涉及经营许可制度的行为,但除此之外,它们彼此之间并没有共性,各自处于闭合或完结的完整行为类型,或者说它们皆可以完全独立出去分别成为单一的犯罪构成类型。^[30]如果说在兜底条款之前的列举项仅有一项时通常无法适用同质性解释规则,而当兜底条款前面列举项的类型太过于多元化,同样存在着无法适用同质性解释规则的问题。虽然通说认为,非法经营罪中的列举项之间的共同性质在于皆违反了国家的经营许可制度。^[31]但是不得不接受的是,经营许可制度是行政法中的保护对象,而且由于行政许可制度涉及行业众多,因此将“国家的经营许可制度”作为非法经营罪的同质性信息太过于笼统。就好比刑法分则第三章为破坏市场经济秩序罪,而其中的第8节为扰乱市场秩序罪,显然扰乱市场秩序罪是破坏市场经济秩序罪的一种,但是却很难说清楚该节所要保护的具体对象是什么,因此其成为了第三章破坏市场经济秩序罪的“筐”。同时,《刑法》第225条第1项和第2项中亦同时使用了兜底条款。第1项中的“其他限制买卖的物品”和第2项中的“其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”,本身就已经完全穷尽了所在类型中的所有情形。也就是说,非法经营专营、专卖的物品以及经营许可证或批准文件的行为通过第1项、第2项就可以寻找到适用的法律依据,根本不需要第4项兜底条款进行“兜底”。在条文中的列举项已经穷尽了所在类型中的所有情形,跟随其后的兜底条款就没有必要再遵从同质性解释规则,因为其已经没有了其他相同类型事项适用的余地。由此,第4项的兜底条款就沦为了其他扰乱市场秩序而无法被其他条款所规制行为的“藏身之地”,进而成为第三章破坏市场经济秩序的“筐”中“筐”。正如有观点指出,非法经营罪的这种立法技术决定了该条款口袋化的宿命,因为其既消释了例示法的优点,又加剧了兜底条款的模糊性和扩张性。^[32]美国在 *State v. Turner* 一案中,法院指出,条文中的列举事项出现多元的、彼此差异极大的情形时,说明立法者意图将多种类型的情形纳入规范之范围,所以不应该适用同质性解释规则,被告的行为虽然不包含在条文中列举事项的类型之中,但却在立法意图中。^[33] 鉴于非法经营罪中列举项的彼此分立而闭合的情形,

[29] 张明楷:《论升格法定刑的适用根据》,《法律适用》2015年第4期,第36页。

[30] 参见葛恒浩:《非法经营罪口袋化的成因与出路》,《当代法学》2016年第4期,第72-73页。

[31] 参见李程林:《论非法经营罪“兜底条款”的合理适用——以宋某非法经营保安业务案为例》,《北京化工大学学报(社会科学版)》2012年第3期,第35页。

[32] 参见葛恒浩:《非法经营罪口袋化的成因与出路》,《当代法学》2016年第4期,第78页。

[33] 21 Mo. App. 324 (1886).

却无同质性信息,为了防止第 4 项兜底条款被当作“口袋”,就不应该再拘泥于同质性解释规则,而要借助于目的解释之方法,以规范目的对兜底条款的内容进行限缩。

三 目的解释对同质性解释规则不足之补充

上文论及,当同质性信息与规范目的不符、列举项为单一项、列举项之间的行为类型相差甚远的情形下,同质性解释规则皆无法适用,而应该通过目的解释明确条文中兜底条款的外延。这就将“同质性解释规则是解释兜底条款时必须遵守的普遍性规则”拉下了“神坛”,其深层理论依据在于“类型”本身的构建。

(一) 目的解释与类型之构建

类型不能够被定义只能被描述,并不表示类型是模糊的、无法界定的。类型的边界虽然是不确定的,但是其总有一个确定的内核。^[34] 该确定的核心通常是通过例示法中的列举项表示出来的,这些列举项是立法者对具有普遍性、代表性的生活事实的概括。换言之,类型的构建正是通过这些例示项作为彰显其意义的核心,进而作为该特定类型再具体化的参照标准而形成的。^[35] 在具体适用兜底条款时,只需要将非典型事项参照作为典型事项的例示项,如果前者彰显出特定类型的“意义”,即可将该非典型事项纳入兜底条款的范围与例示项同样接受同一法律条文的统领、规制。相反,如果非典型事项与例示项不具有 consistency,就意味着该非典型事项不符合特定类型的性质,就不应该纳入兜底条款的范围。这种经典的类型建构模式的前提是,条文中的典型事项即例示项是与特定类型特点相符合的,或者说其能够完全彰显特定类型的性质。但问题是,我国刑法立法的类型化水平严重不足,影响了经典式类型构建按照预想的效果发挥作用。

不同事物之所以能够最终归入同一个类型中,是因为其与特定的类型具有“意义上的一致或相同”。^[36] 而这个体现着特定类型本质特点的“意义”是由“事物本质”与立法价值共同构成的。^[37] 其中,“事物本质”是通过经验事实的抽象、概括而得来,而且所选取的经验事实往往具有代表性和恒常性,这些事实会以例示项的形式出现在立法当中,所以通常情况下,通过条文的例示项就可以推论出特定类型的特点。但当类型化技术本身不足而导致对类型的描述不够精准时,例如侮辱罪,立法描述不过是对行为进行一个相当模糊的类型界定。借用有的学者观点,“立法不过是给予了一个统称而已”。^[38] 此时条文中例示项并不能够展现出所在类型的“事物本质”特点。另外,类型思维与概念思维的最大不同在

[34] 参见[德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 190 页。

[35] 参见杜宇:《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于“方法论”的扩展性思考》,《法制与社会发展》2005 年第 6 期,第 112 页。

[36] 吴学斌:《刑法思维之变革:从概念思维到类型思维——以刑法的适用为视角》,《法商研究》2007 年第 6 期,第 142 页。

[37] 考夫曼认为“事物本质”等同于类型中的“意义”,二者是“神”与“形”的关系。但本文持不同看法,认为类型是由“事物本质”和“价值评价”两部分共同构成,二者虽然关系密切但却是独立开来的。

[38] 杜宇:《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于“方法论”的扩展性思考》,《法制与社会发展》2005 年第 6 期,第 110 页。

于开放性与流动性。一方面,类型对生活事实呈开放态度,对于生活中新出现的非典型事项,类型并不是通过非典型事项是否能够涵摄在例示项之中作为决定性的因素,只要非典型事项符合“规范背后的意旨和评价意义”,^[39]理所当然地应在特定类型之列,因此个别因素的增减并不会影响类型。^[40]另一方面,在类型形成之初立法者选择的具有代表性、普遍性的经验类型,站在时间轴上看,只不过是基于当时所能够观察到的事物而不是反映该类型性质的所有事物而做出的。类型总是无止境地向前发展着,随着类型的发展,非典型事项的添加和验证,类型的“事物本质”特征会发生改变,曾经具有代表性的典型事项也会褪去,丧失其曾经拥有的“代表性”“普遍性”“典型性”。与此同时,曾经不具有的普遍性、代表性的事物与要素,随着类型的发展而成为了“典型事项”,反映着“事物本质”。所以类型中出现的典型事物或具有代表性的事物不具有恒久性,而是会伴随着生活类型的发展和演变被淘汰或修正。^[41]在类型的具体适用过程中,最为常见的错误是将“典型事实”作为“唯一对象”,将“熟悉”作为“全部”。虽然例示项作为类型的代表,但其终究不能代替类型中的“事物本质”全部,否则就犯了概念漂移、以偏概全的逻辑错误。

在法律适用中,人们通过规范目的获取类型特征,是因为在本质上,类型是一种价值主导型的思维路径。类型性质不是由组成该类型的个别事物的形式特征或物理特征决定的,而是类型建构时的评价性观点。“事物本质”是基于经验事实而形成,但是经验事实通常具有多面维度,不同面向所体现“事物本质”亦不同。只有在一定规范目的下的“事物本质”,才具有相对的稳定性和特定性。虽然只有将“事物本质”与规范目的相结合才能发挥出类型思维的长处,但是不得不指出的是,二者之间还是存在主次之分的。发挥主导类型建构功能的是规范目的,“事物本质”为规范目的服务。在类型的形成和具体建构中,立法者扮演着描述类型的角色,而司法者则需要以法律规范“意含”的类型去确定生活事实。^[42]类型之掌握正确与否牵涉到特定法条是否达到预想的目标。正确掌握类型的前提是,区分立法所“意含”的类型与立法形式上所呈现出的类型之间的不同。我们无法将所有的类型概念化,也无法将所有想要构建的类型描述得精确无误,只能够无限地接近类型。立法中呈现出的类型在很多情形下是残缺的,这意味着司法者在具体适用兜底条款时,需要再去找寻和补足残缺的规范类型要素。类型是一种必须以整体的方式才能够被认知的事物,而统摄这一整体的就是规范目的,只有在特定规范目的之下“复原”类型要素,才能够探寻到特定类型的本来面貌,才能够维持类型“整体轮廓”。所以,在类型的描述与适用中出现类型要素残缺、规范条文供给不足的情况,同质性解释规则之适用失去了判断依据时,就是目的解释“登场”的时刻。

(二) 目的解释对同质性解释补足之具体呈现——以《刑法》第182条为视角

2008年发生的“汪建中抢帽子交易案”点燃了学术界对兜底条款探索的热情。该案

[39] 马荣春:《刑法类型化思维的概念与边界》,《政治与法律》2014年第1期,第112页。

[40] 参见齐文远、苏彩霞:《刑法中的类型思维之提倡》,《法律科学》2010年第1期,第72页。

[41] 参见杜宇:《刑法规范的形成机理——以“类型”建构为视角》,《法商研究》2010年第1期,第144页。

[42] 参见[德]亚图·考夫曼著:《类型与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安校,新学林出版股份有限公司1999年版,第113页。

引起热议的原因,在于行为人利用自己的影响力先造成证券市场价格波动,而后趁机卖出证券的行为。与《刑法》第 182 条操纵证券、期货市场罪中的列举项所呈现行为类型不同,这种情形下是否可以通过兜底条款将行为人的行为纳入本罪之中存在不同看法。持否定观点的学者认为,条文中的列举项显示的行为类型是通过直接交易的方式影响市场价格的,此行为不具有同质性。^[43]持肯定观点的学者认为,行为人的行为与列举项之间在“欺诈性”这一点具有同质性。^[44]但刑法中很多犯罪都含有欺诈的行为特点,将“欺诈性”作为同质性信息无法形成操纵证券、期货市场罪独立的构成要件,因此该观点不能成立。另持肯定观点的刘宪权教授指出,同质性信息的判断来源应包括两种类型:一是特定罪状中列举项所明示出的共同行为类型,二是犯罪的实质内涵。因为《刑法》第 182 条所列举的行为类型只属于操纵证券、期货市场罪中的“低端”行为类型,因而有必要对该罪中的行为类型进行“衍生”。^[45]这种观点笔者不敢苟同,其不过是以同质性解释为名,行目的解释之实。

上述学者的思路并非治本的办法,要想从根本上解决问题,必须有一个正确的认知。其一,同质性信息的获得只能够从列举项中确定,而不能从特定犯罪的实质内涵或其他要素中获得;其二,《刑法》第 182 条中的三项例示条文中同质性信息仅限于通过交易形式直接影响证券、期货市场价、量的行为类型;其三,本罪的犯罪实质是操纵证券、期货市场的行为;其四,条文中同质性信息与本罪的犯罪性质之间没有达到理想的等同关系,前者仅体现了后者的一部分。基于以上的认识,可以得出两个结论:一是基于同质性解释规则的适用规律,根据条文中的列举项得出同质性信息后,兜底条款的范围、内容只能限于与同质性信息相一致的事项。二是舍弃同质性解释规则,而从犯罪本质出发,通过目的解释方法界定兜底条款的内容。当然这两种选择之间悬殊甚巨,中间隔着一个必然要回答的问题——为什么可以舍弃同质性解释规则而转向犯罪的实质内涵?

这个问题的回答还是需要回溯到类型的本身中来。如上文所述,由于类型化技术水平的限制,当现行刑法条文中的部分例示项与条文目的之间不能够保持代表与被代表的关系时,就不能固守将例示项作为类型的典型事项,而应回溯到类型中的“价值评价”——规范目的。因为“典型事实”从来都不是类型的“唯一对象”,而规范的目的或类型中隐藏的价值评价才是“主宰”类型的决定性因素,由此,当典型事实无法全面诠释规范目的时,应该从规范的目的中找寻兜底范围的边界。操纵市场罪的本质是人为地扰乱或影响证券、期货市场行情的行为。市场经济最大的特点在于其自由竞争的特性,具体到证券、期货市场,之所以强调公平、公正、公开(即“三公”)原则,也是为了保障自由竞争的实现,反对人为干涉或控制自由竞争。正是为了保护证券、期货交易市场的运行能够自由公正地进行,才制定了操纵证券、期货市场罪。反过来说,操纵证券、期货市场罪禁止的是

[43] 参见李珊珊:《浅析操纵市场行为之刑法认定:从首放案说起》,《现代经济》2009 年第 10 期,第 106 页。

[44] 参见王崇青:《“抢帽子”交易的刑法性质——以汪建中操纵证券市场案为视角》,《政治与法律》2011 年第 1 期,第 46 页。

[45] 参见刘宪权:《操纵证券、期货市场罪“兜底条款”解释规则的建构与应用——抢帽子交易刑法属性辨证》,《中外法学》2013 年第 6 期,第 1181 页。

影响或扰乱证券、期货市场中自由竞争的行为。就此有学者指出,本罪的实质内涵是利用优势或影响力人为地控制或者影响证券市场行情的行为,而非仅仅是欺诈。^[46] 所以只要是人为地扰乱或控制了证券、期货市场的行情,至于市场行情由此是否产生了较大的波动并不重要,“即使是不到1美元的波动,同样构成市场操纵行为”。^[47] 如是,当明确了类型的规范目的,而条文中的典型事项所展现的类型信息不具有普遍性、代表性时,基于类型本身的建构及不断验证新的非典型事项之特性,在判断兜底条款内容时不再需要遵循同质性解释规则,而以目的解释方法探寻其实质内涵并最终确定其边界。

四 兜底条款中适用目的解释之限定路径

目的解释方法可以释放出特定类型潜在的可能含义,这也与立法者选择在刑法条文中设定兜底条款之目的相契合。但伴随着实质的价值判断,目的解释亦因其与严格解释的要求、禁止类推解释相矛盾而饱受诟病。例如,对于《刑法》第225条第四项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的理解,有判决指出,根据《刑法》第225条构成要件的规定,其法益保护的重点是市场经济秩序,对于对市场经济秩序危害不大或者属于对生活秩序破坏的行为,不应纳入此罪范围之内。^[48] 但在朱海林等人非法经营案中,法院指出,《刑法》第225条第四项设立的目的在于适当调和立法的稳定性、滞后性与经济社会发展变化之间的矛盾,在坚持依法认定“国家规定”的前提下,以及从实质性角度认定社会危害性的情况下,并不会导致刑事打击面过大的现象。^[49] 如是,如果对目的解释不进行限定,其多变性很容易从类型、兜底条款滑向类推解释、任意解释。

(一) 类比解释与类推的区别

有学者指出,例示法的运行原理就是以类推为逻辑推演基础的,即但凡与条文中列举事项在某一方面或某些方面构成要素相同或相似的,就可以类推到条文的规制范围内。^[50] 类推是指将法无明文规定的危害行为,比照刑法中与其最类似的规定加以处罚的情形。换言之,类推的开始是以既有法律存在漏洞为前提的。对于法律漏洞的理解,存在很大的争议。有学者认为,除去数字外,每个制定法都是有漏洞的,因为它无法绝对严格地调整生活事实,而为其外延留下了空间。^[51] 有的学者认为,当而且只有当法律对其规制范围内的特定案件类型缺乏适当规则时,才有法律漏洞可言。^[52] 上述观点中法律漏洞的范围差别很大。第一种代表的是诠释学路径的观点,认为法律中根本没有一个清楚的字义、一个简单的意义概念,只有意义空洞的概念才是明确的。只要在这些概念中能够被解释进

[46] 参见田宏杰:《操纵证券市场行为的本质及其构成要素》,《国家行政学院学报》2013年第3期,第74页。

[47] In the Matter of Kidder Peabody & Co., Securities Exchange Act Release No. 3673, April 3, 1945.

[48] 参见最高人民法院主编:《刑事审判参考》(总第103集),法律出版社2016年版,第36-37页。

[49] 参见最高人民法院主编:《刑事审判参考》(总第111集),法律出版社2018年版,第46页。

[50] 参见刘沛谱著:《刑法的实践面向》,法律出版社2014年版,第5页。

[51] Vgl. Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 8, 84. 转引自雷磊著:《类比法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版,第36页。

[52] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第247、249页。

去一种意义,它就不是单义的,而是类似的。^[53] 第二种是传统的路径,该观点以“可能的字义范围”为界限标准,超越了“可能的字义范围”才是法律漏洞的范围。

诠释学路径认为制定法处处皆漏洞,根据法律漏洞之开放性程度的不同,可以将其分为三类:法内漏洞,无据式体系违反,有据式体系违反。^[54] 持该立场的学者认为,兜底条款到底属于“法内漏洞”还是“法外漏洞”,区别在于是否得到了立法者明文授权法院能够对“漏洞”加以补充,但实际上,授权的有无并非判断法律周延与否的标准,即便兜底条款得到授权而成为“法内漏洞”,其依然是法律漏洞的一种。^[55] 而传统路径认为,法律指令的有无应是法律漏洞成立与否的判断依据。兜底条款属于未做充分法律评价之立法,但不能说它未做法律上的指令。因此对于“法内漏洞”的填补,该学者认为应属于法律解释。^[56] 如是,不同路径下类推适用的内涵不同或者说差异较大。那么究竟应该如何选择呢?“当我们说解释可以及于‘可能文义’时,就已经处于类推之中了”。“解释与类推之间并不存在本质上的差异,反而二者之间在逻辑上并非可以相互分离,因为解释必须要以类推操作”。^[57] 对此,有学者指出,诠释学路径下的“类推”并不是以漏洞的存在为前提的,而是作为法律适用过程中的基本模式——等置模式,即将不对称的规范和事实不断相互调试的过程,简言之,解释即类推。^[58] 传统路径下的类推以法律存在漏洞为前提,并以“可能的字义范围”为界限。对此,阿列克西教授指出,类推之所以在不同观点下会出现相互不统一甚至混乱的界定,这与类推的特性有关,其既可以指涉一种规范的扩张适用形式,也可以指案件比较的论证形式。^[59] 德国法律逻辑学家特奥多尔·黑勒在此基础上将类推具体分为三种类型:(1)规范创设型类推,即类推在适用过程中创设了一个新的规范。这种情形的类推相当于传统路径中所言的类推:对确实存在的法律漏洞进行新的法律续造;(2)规范比较型类推,即在两个规范具有相同结构性关联时,如果其中一个规范的构造不清时,则可以借助平行规范澄清前者;(3)内在于事实构成的类推,该情形的类推是以同一个制定法规范为适用背景的,即在同一个制定法规范调整的事实涵摄于这一规范时存在不同的难度。因为有的事实可以确定地涵摄于该规范,而有的事实则存在疑问和不确定。后者属于临界情形。而通过类推的适用,将临界情形与典型情形相互比较,判定临界情形是否在规范的词义范围之内。^[60]

[53] 参见[德]亚图·考夫曼著:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安校,新学林出版股份有限公司1999年版,第11页。

[54] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第336页。

[55] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第301、306页。

[56] Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 26 f. 转引自黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第300页。

[57] [德]亚图·考夫曼著:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安校,新学林出版股份有限公司1999年版,第11、43、147页。

[58] 参见雷磊著:《类比法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版,第49页。

[59] Vgl. Robert Alexy, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in Ulfrid Neuman, Winfid Hassemer, Ulrich Schrith (Hg), Verantwortetes Recht, Stuttgart 2005, S. 64. 转引自雷磊著:《类比法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版,第63-64页。

[60] Theodor Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 1961, Vorbemerkung, S. 1. 转引自雷磊著:《类比法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版,第57页。

从已有的研究成果可以看出,我国关于法律漏洞的定位基本上形成了一致的立场,即采取的是传统路径的观点。恰恰是刑法理论将法律漏洞与法律续造联系起来,才成为刑法中禁止类推的原因。就黑勒关于类推的分类而言,规范创设型类推属于填补法律漏洞的类推,其中的规范比较型类推和内在于事实构成的类推属于类比解释。为了区分类推的不同情形,可以将诠释学路径下的类推称为广义的类推,传统路径下的类推称为狭义的类推,即广义类推包括狭义类推和类比解释。类比解释作为与狭义类推相区分并相对的一种论证方式,存在的依据在于其并不是在填补法律漏洞、进行新的法规制定,而是在规范之可能字义范围内进行词义界限的类比,确定涵摄大前提的准确内涵。兜底条款的适用就是类比解释的具体体现。

(二) 目的解释的边界厘定

类型的划分并不在意判断对象与类型之主要特征在形式上是否相同,而主要关注二者在意义维度上是否相同。“类型的意义性就是评价观点的同义性”^[61] 换言之,只要判断对象符合类型的意义,即使外在形式特征相差甚远,也不成问题。在考夫曼所持有的广义类推观点下,类比解释与狭义类推对法律规范文义的理解并无本质上的区别,都是对规范与事实之间“相似性”的阐释。这一观点同样融合到了考夫曼关于类型理论的建构中。在类型建构的理论中,其认为“事物本质”是作为规范与事实之间的调和者,亦是类推的关键点。换言之,只要具有相同的“事物本质”就具有相似性,就应该归入同一类型之中,进而受同一法律规范规制,无需考虑文义。其结果是,被归入同一类型的事实,既可能在法律规范语义涵摄范围之内,也可能逸脱出文义范围之外。由此,我国很多学者完全吸收了考夫曼的上述观点,而主张虽然外观上与刀、枪不同但具有相同危险性的硫酸或狼狗撕咬都应归入“其他武器”范围,或者认为“软木塞”“啤酒垫”等具有记录并存储信息功能的,都应归入“文书”范围。^[62] 解释与类推之间界限虽然模糊,但是区分二者却是绝对必要的,否则人们将没有真正的自由可言。所以,应该将诠释学路径下的类推分为类比解释与狭义类推,二者的分界点在于规范词义的约束力。词义的可能范围对于类比或者说类型的范围起到了限制作用。对此,考夫曼在其后来的著作中也承认自己关于可允许类推的观点走出界限太远了。例如,行为人通过墙壁将被害人撞伤,请问此时“墙壁”是否属于“其他危险工具”? 对此,罗克辛教授指出,虽然从后果、法律的目的来看,二者是比较接近的,但是人类的自然语感是反对将墙壁或地板称为“工具”的,如果违背人类的自然语感而适用语词则属于类推。^[63] 有学者曾生动地形容,刑法条文的解释就像是在吹气球,形式解释在吹了几口之后,就主张不能再吹了,否则气球就会爆炸,但实质解释又继续多吹了几口,气球并没有爆炸。^[64] 相比于形式解释将法律用语的核心意思确定为最大边界,实质解释会将法律用语的核心意思继续往外扩展,但这种扩展并不是毫无限制的,在罪刑法定理念的引导下,实质解释还是需要遵守当下语言的规则以及相应的语言习惯,以保障国民的行为预测可能性。我国实质解释观点的代表张明楷教授指出,实质解释只需

[61] 齐文远、苏彩霞:《刑法中的类型思维之提倡》,《法律科学》2010年第1期,第70页。

[62] 参见杜宇:《基于类型思维的刑法解释的实践功能》,《中外法学》2016年第5期,第1243页。

[63] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第一卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第85页。

[64] 参见李立众:《刑法解释的应有观念》,《国家检察官学院学报》2015年第5期,第18页。

要进行实质判断,是不符合事实的,实质解释也需要结合形式判断。^[65] 所以,目的解释也要受到形式判断的约束,即要在构成要件范围内进行解释。有学者就此指出,严格意义的解释都是以规范的可能语义为界限的,偏离此轨道的做法已不再属于解释的范畴,而进入了法律续造的领域。^[66]

(三)以刑法规范之具体目的为判断依据

鉴于《刑法》第 182 条兜底条款需以目的解释方法进行界定,肯定有观点会指出,为什么对于《刑法》第 287 条破坏生产经营罪中的兜底条款不能够按照前述思路,依据目的解释方法,将恶意刷单“炒信”行为、恶意批量注册等破坏生产经营的行为纳入破坏生产经营罪之中? 其实,在例示法中,有的时候兜底条款恰好包含了特定罪的犯罪实质内涵,例如,操纵证券、期货市场罪中的“操纵证券、期货市场”,但更多时候兜底条款的概括性描述并不是特定犯罪实质内涵的体现,如“等方法”“其他手段”这些描述具有极大的概括性、模糊性。要确定特定犯罪的规范目的,绝不能够仅凭兜底条款的概括性规定来确定。刑法中的规范目的可以纵向分为三层结构:刑法规范整体的目的——刑法分则中类罪共同的规范目的——具体条文的独立规范目的。在讨论行为是否应该纳入兜底条款时,自然是就特定规范条文目的而言的。破坏生产经营罪在 1979 年刑法中被归入到“破坏社会主义经济秩序”类罪中,而 1997 年刑法修改时则将其归入“侵害财产”类罪中。“当条文在刑法分则中的体系发生了变化其保护的法益必然会发生相应的变化”^[67]即破坏生产经营罪禁止的是对财产造成侵害的行为,有学者将本罪的规范目的理解为“对破坏社会活动和破坏秩序犯罪之禁止”^[68]的观点是站不住脚的。但是对财产造成侵害也仅是破坏生产经营罪的类罪目的,除此之外本罪还应该具有特定的目的。无论是本罪的罪名还是兜底条款的概括规定,均以“生产经营”来概括本罪的特征。但是,生产经营仍具有一定的概括性,具体还可以下分为生产经营的对象和生产经营的条件。如果将本罪的具体目的理解为对生产经营对象的保护,则意味着本罪的具体目的与类罪目的并无不同,皆是对财产的保护。因此,应将本罪的法益理解为对生产经营条件的保护,继而与故意毁坏财物罪形成特殊与一般的逻辑关系。条文中的“机器设备”“耕畜”也进一步印证了本罪的规制对象为对生产经营条件进行破坏的行为。通过上述梳理,明确破坏生产经营罪的规范目的为对生产经营方式破坏的禁止。换言之,本罪中列举项“毁坏机器设备”“残害耕畜”是破坏生产经营行为类型的“典型形象”,或者说此时列举项与其所在类型之规范目的是完全一致的。此种情形下,对列举项后的兜底条款必须要与列举项保持同质性的条件下进行解释。^[69] 很多学者认为,应该将破坏生产经营罪中的兜底条款进行“扩大解释”。而这些观点不过是以类罪的目的或罪名作为具体的规范目的,扩大了兜底条款适用范围,其本质上是一种类推的思维。所以,在兜底条款中适用目的解释的前提,就是必须以特定条

[65] 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010 年第 4 期,第 61 页。

[66] 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 88 页。

[67] 张明楷:《妨害业务行为的刑法规制》,《法学杂志》2014 年第 7 期,第 4 页。

[68] 高艳东:《合理解释破坏生产经营罪以惩治批量恶意注册》,《人民法院报》2015 年 11 月 18 日第 6 版。

[69] 参见高艳东:《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》,《预防青少年犯罪研究》2016 年第 2 期,第 20 页。

文的具体规范目的为依据。

(四) 警惕司法机能主义对刑法规范目的的“扩充”

为了维护社会秩序之需要,基于社会效果的考虑,在刑事政策的语境下,司法的能动性则由贯彻规范转变为妥当处理社会纠纷。^[70] 司法解释作为对刑法条文内容的阐释与理解,必须依附于刑法条文,而非独立于刑法条文之外。现实中的司法解释却并不满足于此,不仅僭越立法,还严重压缩了司法者的自由裁量权。具体而言,通过司法解释“扩充”刑法规范目的的情形有两种。

一种情形是行政犯的形式化判断。行政犯与自然犯有一个不同点是,前者在进行违法判定时需要结合前置法中的相关规定进行裁决。但是行政违法性的判断只是刑事违法性判断的参考要素而无需也不应该保持二者之间完全一致,刑事违法性的判定应该基于刑法体系和规范目的等要素进行独立判断。这一点在最高人民法院发布的第 97 号指导性案例:王力军非法经营再审改判无罪案中再一次得到了申明。再审法院指出,王力军的行为虽然具有行政违法性,但是不具有《刑法》第 225 条非法经营行为的社会危害性和刑事处罚的必要性。实务中,司法解释将行政法中的规范目的直接作为相应刑法条文目的的案件屡屡上演,如陆勇销售假药案。因为两高于 2014 年发布《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》(以下简称“药品解释”)中多处规定与《药品管理法》完全一致。详言之,“药品解释”直接将行政法中违法判定作为刑事违法性的判定标准,但是行政违法行为与刑事违法行为之间不仅在质、量两方面皆有不同,而且行政法与刑事法所保护的法益也不同。行政法侧重于公共利益、社会秩序的维护,刑法则是在社会秩序与国民自由之间保持平衡。在“陆勇案”中,其行为因违反《药品管理法》规定而具有行政违法性,但是,“刑法禁止、限制的药物贩卖等行为是以该药物对公众健康有着切实的危害为前提的”。^[71] 陆勇所代购的药物不仅对公众没有危害而且有益,其行为并没有侵害到《刑法》第 141 条保护的药品管理秩序之法益,不宜以犯罪论处。即使是相同的文字,在不同的目的之下,其内容也会不同。^[72] 在刑法教义学之下,对于刑法规范内容的理解不能仅进行形式上的判断,还需要对规范所保护法益的情况进行实质判断。^[73] 对于并未危害特定刑法规范所保护法益的行为,自然不应该纳入刑事法规、刑事司法解释的考虑范围。

另一种情形是对刑事政策的过度回应。最高人民法院和最高人民检察院 2013 年发布的《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》,将提供有偿删帖的行为纳入非法经营罪第四项兜底条款的范围。非法经营罪的目的在于保护国家对特定经营活动的行政许可制度,而有偿删帖行为显然不符合该罪的目的。有学者指出,该司法解释出台背后的原因是有偿删帖行为影响网民通过网络发表言论的正常秩序,侵害了正常的网络公共安全秩序。^[74] 有学者统计了 1980 - 2009 年 30 年间的最高人民法院

[70] 参见石聚航:《刑法目的解释研究》,南京师范大学 2016 年博士学位论文,第 172 页。

[71] [日]井田良著:《讲义刑法学·总论》,有斐阁 2008 年版,第 25 页;转引自张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017 年第 4 期,第 49 页。

[72] 参见张明楷:《行政违法加重犯初探》,《中国法学》2007 年第 6 期,第 64 页。

[73] 参见陈兴良:《刑法教义学的逻辑方法:形式逻辑与实体逻辑》,《政法论坛》2017 年第 5 期,第 120 页。

[74] 参见武良军:《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 38 页。

工作报告(主要是刑事工作报告),发现最高人民法院在报告中所要求实现的“社会效果”与同时期的社会公共政策(刑事政策)一致。具体而言,最高人民法院首先将公共政策(刑事政策)转化为司法政策,然后将司法政策的内容通过司法解释的方式具体化,最终司法解释内容被各级法院落实到具体案件中,实现了刑事政策的内化、贯彻、执行。^[75]这一过程最终的实现就是通过目的解释得以落实的。正如有学者指出的,“刑事政策只能通过目的的管道进入刑法体系,意味着在形塑刑法条文的解释时,刑事政策必须作用于规范保护的目的是来实现”。^[76]我们承认刑法不是存在于真空当中,刑法的适用需要结合社会的实际需要、时空背景,但刑法作为最严厉的惩罚,不仅肩负着对社会秩序的维护还承担着对国民自由的保障机能,维持二者之间平衡的方法就是刑事政策必须以刑法为依据,符合特定刑法规范的目的,而不是相反,将刑法规范目的的判定转为以刑事政策为依据。

[本文为作者参与的教育部人文社会科学研究计划 2018 年度青年基金项目“从‘分野’到‘融合’:刑事违法的相对独立判断”(18YJC820029)的研究成果。]

[Abstract] The application of *ejusdem generis* in miscellaneous provisions is conducive to giving full play to the advantages of the illustrative method. But this advantage must be given play to in typical provisions of exemplary law. In atypical exemplary provisions that do not meet this precondition, the mechanical application of *ejusdem generis* can only lead to the “distortion” of homogeneity interpretation rules. Exemplary law, as the embodiment of typological thinking in legislation, consists of experience type and value evaluation, with the latter playing a decisive role. Therefore, when *ejusdem generis* fails to solve the problem, we should go back to the normative purpose contained in specific types, and limit the scope of application of miscellaneous provisions through teleological interpretation. However, due to the different criteria of interpretation subject, teleological interpretation is faced with the danger of being classified into the category of analogy. Thus it is necessary to make a distinction between analogy interpretation and analogy and clearly point out that the application of teleological interpretation in miscellaneous provisions belongs to analogy interpretation and should be subject to the constraints of the normative meanings of the specific constituent elements of the provisions. In addition, we should be vigilant that judicial interpretation is based on the need of order maintenance, and that the purpose of judicial interpretation is to “expand” criminal policy and turn it into the purpose of criminal law norms.

(责任编辑:王雪梅)

[75] 参见宋亚辉:《公共政策如何进入裁判过程——以最高人民法院的司法解释为例》,《法商研究》2009 年第 6 期,第 112-114 页。

[76] 劳东燕:《功能主义刑法解释论的方法与立场》,《政法论坛》2018 年第 2 期,第 15 页。