

经济刑法之“兜底条款”的解释规则^{〔*〕}

○ 姜 涛

(南京师范大学 法学院, 江苏 南京 210046)

〔摘要〕主张以限制解释避免极度扩张兜底条款的社会保护功能并不具有理论上的自洽,重视类推解释才是出路。只要承认兜底条款在于堵截经济犯罪新情况,那么任何致力于明确兜底条款之行为类型的解答方案都应在例示规定(以下简称先例)与兜底条款之间的解释学循环层面接受检视。经济刑法之“兜底条款”的解释规则具有多重蕴含:先例与兜底条款之间相互制约,刑法解释不仅对经济刑法中的“兜底条款”强化一种合类型解释,而且因刑法所禁止的先例在行为方式、行为对象等存在差异,也需要立足于对兜底条款的本质性评价而对先例强化一种个别化解释。

〔关键词〕经济刑法;兜底条款;先例区辨;类推解释;合类型解释

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2018.06.013

一、面临的难题

兜底条款之意义在于防止刑法在面对突发的情况时措手不及,因此在一定程度上弥补了列举式立法的不周延性,具有“一网打尽”的特点。

经济刑法之兜底条款并非是不设防的领地,从立法价值上说,兜底条款作为避免挂一漏万的立法技术,有利于缓和有限的法律规定与无限的社会生活之间

作者简介:姜涛,南京师范大学法学院副院长,教授、博士生导师,“2011计划”司法文明协同创新中心研究员,中国法治现代化研究院研究员,江苏省教育厅校外研究基地司法现代化研究中心研究员。

〔*〕本文系江苏高校区域法治发展协同创新中心项目“法治中国建设与区域法治发展研究”(JCLL14002)、国家社科基金重点项目“刑法体系的合宪性控制研究”(17AFX018)和国家社科基金重大项目“推进反腐败国家立法”(18VVSJ103)的阶段性成果。

的矛盾。然而,兜底条款往往具有“未计划性”,法官面对兜底条款之时,如果缺乏解释规则的指引,往往会带来“偷龙转凤”的口袋性解释,这不仅会带来司法权与立法权之间的制约关系失效,而且导致刑法对社会生活的过度干预,有失人权保障,因此,经济刑法之兜底条款的解释备受争议。

以非法经营罪为例,依据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 225 条规定,非法经营罪采取的是一种“3+1”模式,即三个先例,一个兜底条款。但是司法解释进行了大量扩张。截至目前,最高人民法院先后针对非法经营罪的兜底条款颁布了《关于办理盗窃、盗掘、非法经营和走私文物的案件具体应用法律若干问题的解释》《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》等 21 个司法解释,把“非法生产、销售赌博机”“非法贩卖国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品或精神药品”等 21 种行为解释为《刑法》第 225 条规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,^[1]从而形成极度膨胀的“21+1”模式。忽视社会治理的需要,把社会保护功能凌驾于人权保障功能之上的扩张解释已经让非法经营罪成为新的“口袋罪”,造成严重的刑罚过剩现象。

司法解释为我们提供了这一方面最可注意的例证。再以背信损害上市公司利益罪为例,依据《刑法》第 169 条的规定,背信损害上市公司利益罪是一种“5+1”模式,五个先例分别是:“无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的”“以明显不公平的条件,提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产的”“向明显不具有清偿能力的单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的”“为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保,或者无正当理由为其他单位或者个人提供担保的”“无正当理由放弃债权、承担债务的”,一个兜底条款为:采用其他方式损害上市公司利益的。然而,司法解释却在此基础上,增加了“致使公司发行的股票、公司债券或者国务院依法认定的其他证券被终止上市交易或者多次被暂停上市交易的”^[2]这一先例,变成“6+1”模式,而且把“上市公司的控股股东或者实际控制人,指使上市公司董事、监事、高级管理人员”也纳入到犯罪主体之列,从而也实现了犯罪主体意义上的“堵截”。

面对司法解释的极度扩张,我们仍需从刑法教义学上反思:为何会造成这种入罪意义上的极度扩张化解释,是因为经济刑法之兜底条款违背明确性原则?抑或主要在于经济刑法之兜底条款的解释规则阙如?作为前提,经济刑法之兜底条款并不违背明确性原则,立足于刑法明确性原则,立法者在限制或剥夺公民的基本权利时,必须以列举方式,详尽、完整地规定行为类型或后果;详尽列举有困难而采用概括性规定时,则至少要有例示性规定,再辅以概括性条款,从而使刑法规范实现抽象程度上的具体与概括的统一、事项归属上的明确与模糊的统一、调整范围上的封闭与开放的统一、时间延续上的稳定与变动的统一。^[3]经济刑法这种以“先例+兜底条款”方式明确个罪之构成要件的规定,其实相对于其他概念式的刑法规定更加符合明确性原则的要求。这正是兜底条款有别于口袋

罪之处,口袋罪乃是一种形象的称谓,其本质是欠缺范畴的抽象性规定,严重违背了刑法明确性原则。

经济刑法之兜底条款解释中的口袋化现象主要源于解释规则阙如,学界也一直在为这种解释规则的选择而努力。面对司法实践中的争议案件,法官并不能拒绝裁判,但缺乏解释规则也会导致风险:不仅带来因兜底条款存在司法机关选择性、歧视性执法的风险,而且也有将政党偏见或意识形态施加于案件的可能。因为在解释学上缺乏解释规则时,司法给社会带来的风险也随之增加,解释者会依据一国刑事司法的传统或惯例而任意进行入罪解释,把“不能承受之重”也施加到刑法的“空框结构”,背离兜底条款的本来趣旨,带来兜底条款解释上的极端扩张化现象。从刑事法治意义上说,刑法采取“先例+兜底条款”方式明确个罪构成要件,有两个基本考虑:一是刑法适应社会变化的需要,当新情况出现后,避免出现“法无规定而放纵犯罪之嫌”;二为避免刑法解释的口袋化扩张,即以先例限定刑法中兜底条款的涵摄范围,把与此无关的行为排除在外。既如此,先例在兜底条款解释中就具有限定刑法解释口袋化扩张的功能。从非法经营罪、背信损害上市公司利益罪等规定来看,先例属于构成要件的定型化,也是对兜底条款所包含具体类型的立法设定,兜底条款则是对行为不法本质的概括性规定,内在规定了先例的法益侵害性。立法者之所以没有采取简单罪状,而是采取叙明罪状,并以“先例+兜底条款”方式明确该罪的构成要件,是因为此类犯罪会不断出现新的犯罪类型,但如果仅以兜底条款方式予以规定,则会出现口袋罪的扩张化倾向。

对上述问题的反思,构成了本文写作的问题意识:现代刑法教义学应当建构一种什么样的解释规则,实现经济刑法之兜底条款解释的合理化?如果我们不重视先例和兜底条款之间的内在规定性,不合理架构先例和兜底条款之间的解释规则,则司法权就可能在立法本身存在具有巨大的自由发挥空间的情况下,对经济犯罪之兜底条款进行极度扩张的解释,从而带来“偷龙转凤”的犯罪口袋化倾向。立足于此,本文在对以往解答方案进行反思的基础上,提出经济刑法之“兜底条款”的解释规则,以帮助司法机关正确适用兜底条款。

二、已有理论方案的疑问与出路

现代刑法解释学认为,经济刑法中的兜底条款应当警惕“偷龙转凤”的口袋性解释。刑法中“兜底条款”提出的到底是什么样的解释要求与目的?这是长期困扰着法律界的理论难题。

(一)兜底条款之限制解释的疑问

鉴于司法解释及司法实务对经济犯罪之兜底条款解释往往进行“与时俱进”的扩张解释,学界往往基于人权保障视角对经济犯罪之兜底条款主张限制解释。

有学者指出,兜底条款对于严密刑事法网,强化刑法的社会保护功能具有积极意义,但必须注意的是,单纯强调刑法的保护机能并不符合现代刑法的属性,

对兜底条款采取严格限制解释的立场是平衡刑法机能的要求。^[4]也有学者指出,对于经济犯罪中的“双兜底条款”,必须采取最严格的解释立场,以维护基本的刑法安全与市场主体的经济自由。^[5]还有学者从刑法所保护的法益角度讨论兜底条款的限制解释:基于刑法为法益保护法之性质,即使某种行为在形式上具有明文之构成要件的该当性,若实质上或在个案中,并未达到所欲保护的法益的实害或危险,则不应该予以处罚,此时,目的性限缩就像一个犯罪的控制阀。^[6]应当说,学界主张对经济犯罪的兜底条款采取限制解释的基本立场,充分体现了刑法的谦抑性,也有利于实现人权保障。这是一种为了严格控制司法实践对经济犯罪之兜底条款进行口袋化解释风险的重要学术立场,具有重要的意义。然而,对经济犯罪之兜底条款采取限制解释也存在如下疑问。

其一,并不符合限制解释的法理。限制解释是什么,这是限制解释运用的前提。一般而言,限制解释是当法律条文的字面含义宽于立法原义时,作出比字面含义更为狭窄的解释。比如,我国《刑法》第176条规定:“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的,处三年以下有期徒刑或者拘役,……”这里的非法吸收公众存款或变相吸收公众存款的行为范围十分宽泛,就有限制解释的必要。又如,《刑法》第239条规定:“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑……”,立法的本意是勒索他人财物为目的绑架他人构成绑架罪,但刑法文本本身并没有做出这种限制,因此,刑法及司法解释采取限制解释立场,把为索取债务(包括非法债务)非法扣押、拘禁他人的行为,解释为非法拘禁罪。再如,《刑法》第50条规定:“判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,二年期满以后,减为无期徒刑;如果确有重大立功表现,二年期满以后,减为二十五年有期徒刑;如果故意犯罪,情节恶劣的,报请最高人民法院核准后执行死刑;对于故意犯罪未执行死刑的,死刑缓期执行的期间重新计算,并报最高人民法院备案。”就立法原意来说,该条规定的“故意犯罪”范围太宽,因此在解释论上把故意犯罪未遂、预备等排除在外。然而,就兜底条款而言,本就属于需要借助与先例的比较予以明确的堵截要件的规定,立法者的原意乃是将来可能发生的行为纳入兜底条款的范畴,一方面,避免刑法自身的频繁修正,另一方面,可以将具有相同或相似法益侵害的行为“一网打尽”,以免出现刑法不公,发挥刑法的社会保护功能。也就是说,立法者本就铺设了一个巨大的网,静待“猎物”被扑。就此而言,立法原意比兜底条款的字面含义还宽广,此时主张限制解释也就没有了判断基准。

其二,违背兜底条款中目的性扩张的逻辑。经济刑法之兜底条款的解释乃是一种目的性扩张,而不是一种目的性限缩,如果是目的性限缩,则没有兜底条款存在的必要,因为最起码限缩的基准都没有。目的性扩张系指法律规定之文义相对于其意义有可能过于狭隘,此时规范意旨要求该规范扩张,它与类推解释具有明显的区别:刑法规范之所以要扩张并不是因为规范适用中的类似性,而是因为不如此扩张解释的话,就达不成规范保护目的,也不能与时俱进。换句话

说,它并不是适用规范上具有类似性的标准,而是直接使用规范意旨,在刑法规范之可能的文义范围内进行,属于法律内“法的续造”,而不是在法律外“法的续造”。就兜底条款来说,刑法只处罚先例则过于狭隘,因而以兜底条款堵截未来可能发生的犯罪,“先例+兜底条款”旨在把未来发生的犯罪“一网打尽”,但却因为兜底条款具有概括性、相对不明确性,甄别兜底条款之可能的文义范围需要通过合类型解释(这种合类型解释是相对于经济刑法所规定的先例的范围而言的),把与先例具有相似性的行为解释为兜底条款所涵摄的犯罪。如此一来,则必然导致兜底条款的类推解释。所以兜底条款的解释主要是区分扩张解释与类推解释以及扩张解释的边界是什么,而不是主张限制解释。扩张解释与类推解释的区分是理论讨论的难点,类推解释因此又被区分出有利于被告人的类推解释与不利于被告人的类推解释,这种区分只不过是实质解释论与形式解释论作用于类推解释的产物。主张类推解释只能是有利于被告人的解释,这固然有利于从逻辑上把扩张解释与类推解释区分开来,但这种区分除了逻辑严谨外,对司法实务是没有价值的。笔者认为,类推解释与扩张解释是一种交叉竞合关系,两者都是在刑法规定存在相对明确的情况下,对刑法规范的含义进行“与时俱进”地解释,以把立法者设定的“未尽事项”填空,且两者都会运用到类比分析。两者的不同在于:首先,扩张解释是以解释的宽度为根据,类推解释是体系解释的一种,即立足于先例与兜底条款的内部关系,对兜底条款依据先例进行的具体化解释。其次,类推解释关键就在于家族类似性的判断,即扩张是建立在类似性基础上的,而扩张解释意义上的目的性扩张则不存在家族类似性的要求,只是争议事项与法定事项同为刑法目的所涵盖。^[7]最后,类推解释与扩张解释是根据不同标准区分出来的解释方法,类推解释是与反对解释对应的,在于发现立法愿意包括哪些类型,而扩张解释与限制解释对应,在于做出宽于立法原意的解释。正是上述区分,我们大致可以把扩张解释与类推解释视为一种目的与方法的关系,扩张解释是立法者设定兜底条款的目的,类推解释是实现这一目的之方法。如果主张限制解释,经济刑法的兜底条款就会成为一个“死亡条款”,从而完全否定了刑法的社会保护功能。

其三,限制解释并不符合立法原意。经济刑法之所以存在兜底条款乃是由刑事立法的局限性所导致,因为“经济刑法规制的犯罪行为生成于发展迅猛的经济生活之中,立法者在立法时基于其认知水平和当时的社会发展水平,不可能预见所有经济犯罪行为的样态,而使用‘兜底条款’的立法技术,则可以实现法条蕴涵范围的最大化,并可以通过这种有效提升刑法规范张力的方式强化社会保护。”^[8]就此而言,立法者设置兜底条款的目的在于堵截未来可能发生的新犯罪。同时,兜底条款也不能因其堵截性而被视为违背刑法的明确性原则,也不能因其堵截性而忽视其社会保护机能。法定的构成要件并非全部以概念构成,在经济犯罪存在兜底条款的情况下,法律利用类型而非概念来描述案件的事实特征,类型与概念不同,其并未借助不可或缺的要件而被终局决定,它本身包含着被填补

的评价标准,当它直接适用于具体案件时,才能被充分具体化。^[9]就兜底条款而言,它如何被具体化,这就不是限制解释论的立场定位所能解决的,限制解释论除了旗帜鲜明地高呼“罪刑法定”“人权保障”外,并未证立一个符合立法原意的解释方案,或者说,它虽然指出了经济刑法之兜底条款极度扩张解释的风险,却因此走向问题的反面主张一种不符合刑法之社会保护要求的解答方案。

对已有理论的质疑会开启新的研究思路:既然从刑法教义学上主张经济犯罪之兜底条款的限制解释存在诸多疑问,我们仍需进一步思考,当代刑法教义学应当以何种解释规则,实现经济刑法之兜底条款解释的安全性与合理性,以追寻刑法之社会保护与人权保障之间的最佳平衡点。问题的出路在于:以类推解释对经济刑法之兜底条款的极度扩张化进行限制。

(二)类推解释:经济刑法之兜底条款解释的另一种可能

罪刑法定原则反对类推适用,但不反对类推解释。自1997年《刑法》废除类推制度以后,刑法学界对类推问题避而不谈,类推被视为一种刑法“禁忌”,正如有学者所言,“刑法基于罪刑法定原则的要求,原则上禁止类推解释,尤其是相似条文之间的类推解释;只有在有利于被告的前提下,才允许事实比较意义上的类推解释。”^[10]这种认识把类推解释等同于类推适用,从而把类推解释的意义也一并否定掉了。这并不是正确的学术态度,刑法意义上的类推必须区分类推解释与类推适用,不能把法律解释与法律续造混同,类推解释并不令人闻之色变,而是经济刑法之兜底条款解释的方法选择,其中包含的类比分析是刑法解释中的常用方法。

我国台湾地区杨仁寿教授将“类推适用”与“类推解释”进行了区分,认为前者是法律漏洞的补充方法之一,是依据“相类似之案件,应为相同之处理”之法理,依逻辑之三段论法推演而成的,而后者则是狭义的法律解释的一种,是用“体系解释”的方法。其中,类推其他法条用语之涵义并加以阐释,它无须透过三段论法加以推演,仍然是在文义之可能范围内对法律含义进行阐释。^[11]我国学者在新《刑法》颁布之前也指出,类推解释与类推制度、扩张解释、当然解释既有联系又有区别,因此,不应把它们混淆起来。从我国刑法司法解释的实践看,依照类推解释审定的案件并没有使被告人的“人权保障成为问题”。^[12]

应当说,这种区分十分必要,也很有意义:类推适用是填补法律漏洞的方法,旨在将刑法中没有规定但却具有法益侵害性的行为A,通过类推比照刑法已经规定的相似罪名B进行处理,正如拉伦茨所言,是“将法律针对某构成要件(A)或多数彼此相类的构成要件而赋予之规则,转用于法律所未规定而与前述构成要件相类的构成要件(B)。”^[13]两者虽然适用的罪名是一致的,但因为罪名B的构成要件并不涵摄行为A,解释者只是因为两者相似或相近,为了把行为A解释为犯罪,转借犯罪B的构成要件进行认定,因而是违背罪刑法定原则的。而类推解释与类推适用不同,是在法律有明文规定的情况下(如经济犯罪之兜底条款),根据本质完全相同的属性推导出一个新类型,与类推适用的规则区别在于:

类推适用是具备三个完全相同属性,但又有一个属性不同的情况下,将某种行为按照刑法已经规定的犯罪进行处理。类推解释是研究某种新行为中“不相吻合”的属性,是否与刑法中已有类型在本质上具有相同性,如果具有本质上的相同性,则以实质决定形式的原理,对这种不符合形式相同性的行为比照刑法中已有类型所涉犯罪规定进行处理。正如有学者所指出,“类推是重要的法学思维方法,罪刑法定允许类推解释,但是禁止作为法律漏洞填补方法的‘类推适用’。类推解释以不法类型为指导,在三段论演绎推理的逻辑外壳下得以进行。类推解释的关键在于就问题案例与概念核心中的特例进行比较,衡量它们在语义、目的上的相同点的重要程度,作出等值评价或反对解释。类推解释有助于解决实践中争议很大的存疑案件。”^[14]就经济犯罪之兜底条款的解释来说,类推解释是一个更为合理的方法选择。

其一,类推解释符合兜底条款的立法目的。类推解释并不是妖魔,相反它有助于明确兜底条款的行为类型。立法者之所以规定兜底条款,主旨在于堵截未来可能出现的犯罪新情况,以发挥刑法的社会保护功能。同时,为避免解释者恣意解释兜底条款,立法者还设定了先例以限定兜底条款的行为类型。既然如此,经济刑法之兜底条款的类推解释就显得十分重要,类推解释的过程就是一个寻找事实和刑法规范所规定的行为类型之间的相似性的类比或者说类推的过程。类推解释有助于追寻人权保障与社会保护的平衡点,而不是单一强调人权保障。在强化社会保护的同时,类推解释是更加重视符合罪刑法定原则的解释。一如我们所知,符合罪刑法定原则并不意味着只强化一种有利于被告人的解释,而是要有所区分:对于因立法者带来的立法矛盾、混淆等形成的解释(如法条竞合论、刑法溯及力等),则需要强化一种有利于被告人的解释,相反,对立法者本身就考虑周到的“兜底条款”,其作用本就在于堵截未来可能发生的新情况,则不能单一地坚持有利于被告人原则,否则就不符合立法者在经济犯罪中设立兜底条款的目的。

其二,类推解释只存在于经济刑法有兜底条款的规定。有学者在梳理类推解释之肯定与否定论的观点后指出,肯定论与否定论只是理解视角的不同,“从方法论的角度而言,解释法律离不开类型思维模式,也难免要用类比推理的方法,如果是从这种意义上理解类推解释,自然没有理由予以禁止。但是,对法律没有明文规定的事项,能否采用类比推理的方法,使法律适用于类似事项,这是问题的焦点。”^[15]也有学者认为,不可能存在一种“类推”而又是“在文义范围内作成”的“解释”。^[16]这确实是争议的焦点,但这种争议在经济刑法之兜底条款的解释上并不存在。一提类推解释,就有学者以为是根据类推适用去填补刑法漏洞,因而违反罪刑法定原则。其实,存在兜底条款的犯罪,并不只有兜底条款,而是以“先例+兜底条款”设定个罪的构成要件,类推解释是根据兜底条款之本质性规定,结合先例进行的具体化解释,先例与兜底条款属于经济犯罪的构成要件,两者之间属于一般与具体、本质与形式的关系。通过类推解释明确的类型为

兜底条款所规定,与先例之间具有类似性,而不是单纯对新的案件事实进行类推解释。如果缺乏构成要件的规定,或者说,如果刑法没有对某种行为设置具体的构成要件,当然不可能通过类推解释将其认定为犯罪,那就会变成一种类推适用,属于以司法权填补立法空白,破坏法治原则。比如,把男性基于相同的法益侵害性解释为强奸罪的对象。就此而言,即使今天我们反对类推解释,也不应当反对经济犯罪之兜底条款的类推解释,这种类推解释并不是一种“从无到有”的法创造,而是一种“从一般到具体”的法适用,具有法律的明文规定,它是在“兜底条款”的文义射程范围内进行的合类型解释。因此,把允许的类推解释转嫁为类推适用进而予以否定的观点并不可取。

其三,类推解释的对象仅是经济刑法的兜底条款。否定类推解释的学者都认为类推解释的对象是超法律文本的法律事实,是没有法律依据的。正是这种前提性预设带来 A 情况参照 B 罪名处理属于法律续造的非议。因此,我们尚需回答一个具有争议的问题是:刑法解释的对象是刑法文本?抑或包括法律事实?这在学界存在分歧,郑永流教授指出,法律解释的对象既包括法律文本,又包括法律事实。^[17]不难看出,把法律解释的对象解释为法律文本与法律事实,从而把立足于法律事实的法律续造活动也理解为法律解释,这是一种广义的法律解释论立场。在罪刑法定的视野下,这种广义的法律解释论并无存在的空间,因为立足于法律事实而进行的法律续造,是一种典型的类推适用,为罪刑法定原则所反对。本文坚持一种狭义的法律解释论,即把类推解释的对象界定为法律文本,即在经济刑法中兜底条款的用语含义范围内进行解释,而不是超规范的解释。只是,为了明确兜底条款的具体类型,需要解释者立足于类比推理把兜底条款所涵摄的行为类型与先例的类型进行同质化、相似性比对,以确定是否具有等值保护的必要性,从而判断是否为兜底条款所涵摄的行为类型,是否具有处罚的必要性。

面临的难题在于,强调刑法的社会保护功能而主张对经济刑法的兜底条款采取类推解释,强调刑法的人权保障功能而推崇的罪刑法定原则,这两者看似始终是一个无法调和的矛盾。其实不然,类推适用在于填补刑法漏洞,类推解释在于刑法存在兜底条款的情况下,通过新情况与先例之间的类比分析,判断能否将其解释为兜底条款所涵摄的行为类型,因此是在刑法有规定但却规定不精确的情况下进行的解释,也是符合罪刑法定原则的解释。

有学者主张类推解释只能做出有利于被告人的解释,如周少华教授指出,“事实上,‘类推’在刑法领域是被作为法律续造的方法加以禁止的,而并非是被作为一种法律解释方法加以禁止。从维护法律确定性和司法统一性的要求出发,一切形式的类推在刑事司法中都应该被禁止;但是,这种主张显然源自于形式意义的罪刑法定和刑法技术主义的绝对观念。在实质意义的罪刑法定原则之下,有利于被告的类推应当被允许,这是克服刑法形式侧面的缺陷、实现刑法正义的需要。”^[18]问题是,经济刑法的兜底条款本身就是一种开放的结构,有待司法者结合“不速之客”予以事后填空,如果只能做出有利于被告人的类推解释,无

异于釜底抽薪,经济犯罪的兜底条款会因此而成为一个“虚拟条款”、甚至是“死亡条款”,恐怕有悖立法者设立兜底条款的原意。如何有效避免解释者对兜底条款恣意解释的同时又能最大限度地发挥兜底条款的社会保护功能,则需要重视类推解释。出现一个核心的解释规则:类推解释采用类比方法实现兜底条款所涵摄行为类型的具体化。这种类比分析并不是一种目的性扩张,因为目的性扩张并不以系争案例类型与原本案例类型之间具有相似性为前提条件,而是依据规范保护目的之扩张作为考量标准,类推适用就是规范保护目的考量的结果。正因如此,有学者特别呼吁,“类推解释作为一种法律解释方法,具有独立的品格,学界对类推解释的禁止并不合理。”^[19]在这里,学者所言的类推解释乃是从解释方法上而言的,即刑法解释离不开类比分析。

可以看到,罪刑法定拒斥类推适用,却允许类推解释。经济刑法之兜底条款的类推解释在于将兜底条款涵摄的行为类型与先例进行类比,权衡它们在行为类型、规范保护目的上的相同度,进而做出等值评价或反对解释,这是经济刑法之兜底条款具体化的方法选择。正因如此,类推解释并没有成为“历史的故纸堆”,而是屡屡被刑法学者所提及,为此,考夫曼还特别警示后人,禁止类推解释是一种“天真的纪念碑”^[20]。

三、先例区辩与经济犯罪“兜底条款”的合类型解释

考夫曼指出“对事物本质的思考,直接指向类型的思考方式”,^[21]先例区辩对经济犯罪之兜底条款的类型化限定应当采用类推解释,并着眼于以下两个维度而逻辑展开:一方面,兜底条款涵摄的行为类型应与先例之间具有同质性,以体现具有相同的法益的侵害性;另一方面,兜底条款涵摄的行为类型应与先例之间具有类比性,以体现处罚的必要性。

(一)兜底条款涵摄的行为类型应与先例之间具有同质性

这是从规范保护目的上做出的判断,以判断兜底条款所涵摄的行为类型与先例是否具有同等保护的意旨。有学者指出,“刑法解释的实质化,使得目的解释成为刑法解释的‘桂冠’,目的解释为类推解释开了一个口子,而类推解释又为目的解释提供了足以伸展的舞台,可以说目的解释与类推解释是相互成就的。”^[22]刑法中的目的论解释作为最为频繁或重要的场域,莫过于通过法益理论来理解相关规范的含义。经济刑法中兜底条款的解释亦不例外,兜底条款在于堵截刑法的“公开漏洞”,以什么方式堵截这种漏洞,因为经济刑法规范的对象范畴日新月异,变迁迅速且需要应对国际情势、财经产业及市场变化,因此,刑法理论界多主张同质性理论,即要求纳入兜底条款的行为类型与先例之间具有相同的法益侵害性与处罚的必要性。

兜底条款的适用应甄别个罪之规范保护目的,并确立同质性解释规则,即纳入兜底条款评价对象的行为,应当与该刑法条文业已明确规定的法律类型或者具体犯罪的实质内涵具有相同的性质与特征。其中,对于个罪中的“兜底条款”

而言,同质性解释规则更为明确的表述应当是纳入该罪之兜底条款进行归责的犯罪行为,应当与该罪明示的行为类型或该罪的实质具有相同的特征。^[23] 正如有学者指出:“对‘兜底条款’的解释,必须重视其同质性。所谓‘同质性’即要求适用‘兜底条款’认定的行为必须与同一条文明确规定的行为类型在法律性质等方面具有相同或类似的价值。之所以强调同质性,是刑法公正和刑法体系解释的要求。因为既然兜底条款与刑法明确规定的其他条款规定在同一法律条文中,设定相同的法定刑,那么,就应当推论在立法者看来,两者在刑法的否定评价方面应当具有相同或类似的价值。”^[24] 很显然,同质性理论意味着基于刑法平等原则与体系解释的考虑,把具有类似法益侵害性的行为解释为兜底条款的其他类型,尽管这里的类似分析采用的仍然是一种类推解释方法,但结合兜底条款的规范保护目的,仍在明文规定个罪之保护目的范畴,并不属于在刑法没有规定的情况下以类推方式进行法律续造,因此并不违背罪刑法定原则。

这就抛出一个比较有意思的话题,以内蒙古农民王力军收购玉米被巴彦淖尔市临河区人民法院以非法经营罪判刑一案为例。2016年4月,内蒙古自治区巴彦淖尔市临河区人民法院以被告人王力军没有办理粮食经营许可证和工商营业执照而进行粮食收购活动,违反《粮食流通管理条例》相关规定为由,依据《刑法》第225条第4项规定,以非法经营罪判处王力军有期徒刑一年,缓刑二年,并处罚金人民币2万元。最高人民法院日前依法指令巴彦淖尔市中级人民法院再审。最高人民法院认为,《刑法》第225条第4项是在前三项规定明确列举的三类非法经营行为具体情形的基础上,规定的一个兜底性条款,在司法实践中适用该项规定应当特别慎重,相关行为需有法律、司法解释的明确规定,且要具备与前三项规定行为相当的社会危害性和刑事处罚必要性,严格避免将一般的行政违法行为当作刑事犯罪来处理。就本案而言,王力军从粮农处收购玉米卖予粮库,在粮农与粮库之间起了桥梁纽带作用,没有破坏粮食流通的主渠道,没有严重扰乱市场秩序,且不具有与《刑法》第225条规定的非法经营罪前三项行为相当的社会危害性,不具有刑事处罚的必要性。^[25] 这直接带来二审对王立军的无罪判决。最高人民法院就是运用类推解释进行的判断:一是从类型上比较王力军从粮农处收购玉米卖予粮库的行为与《刑法》第225条的先例是否具有类似性;二是判断这一行为与先例是否具有相当的社会危害性,这是一种同质性规则的运用。

“先例区辨”对正确认定具体个罪之兜底条款的“其他类型”也具有限制意义:一是限定其他类型之规范保护目的,即当解释者把某种行为解释为兜底条款之涵摄范围时,乃与先前类型之行为具有相同的规范保护目的,比如,《刑法》第225条规定的“其他非法经营行为”,体现为“是否严重扰乱市场经济秩序”;《刑法》第263条规定的“其他方法”,体现为“是否使被害人不敢反抗或不能反抗”;《刑法》第236条规定的“其他手段”,体现为“违背妇女意志,与女性发生性交”等等。二是必须从法律规范体系之内在关联性出发,决定经济刑法之兜底条款具

体包括哪些类型,以避免“偷龙转凤”的口袋性解释。在兜底条款中,也会存在空白罪状或客观处罚条件等,这就需要从刑法、构成要件之行为类型所参照的法律、法规等之间的内在关联性出发进行综合判断,不可以违背“无先而后”的逻辑规则。^[26]

问题的关键在于:如何确保这种本质上的相同性认识是正确的?这是一个为学者们坚持但却尚未解决的问题。笔者认为,有三个规则需要坚持:首先是前提真实,即在弄清楚刑法明文规定的行为类型所代表的客观行为的本质属性是什么,进而明确该具体个罪所保护的法益是什么与个罪的规范保护目的是什么,这是一个不能够随意变更的问题,也不应当过多地强调“与时俱进”,因为这一前提不明或随意变动,会导致类型上的巨大变化,带来司法恣意。其次,解释者面对的行为必须与先例所代表的客观行为的本质属性具有一致性,该行为必须直接侵害了该罪所保护的法益,把那些没有法益侵害、有助于保护法益或法益侵害程度较小的行为排除在外。最后,经济犯罪之兜底条款保护的法益本身往往具有抽象性,如市场经济秩序、上市公司利益、金融秩序等,这种法益与具体行为关联时,必须是一种直接破坏、现实的破坏,而不是一种间接的、拟制的破坏。

(二)兜底条款涵摄的行为类型应与先例之间具有类比性

这是从行为类型上进行的比较,以判断兜底条款所涵摄的行为类型符合先例的整体图像。兜底条款与先例之间并不是一种被提示与提示的规定,而是一种以先例这样的形式规定合理限定兜底条款之存在类型的特别规定,同时,两者的结合也明确了个罪构成要件,并对经济刑法之兜底条款所涵摄的行为类型与先例之间的归类式比较提出了新要求。

主张兜底条款的解释应当与先例之间具有同质性,不止是为了堵截未来可能发生的犯罪,也有公平原则的考虑。如何实现公平,这正是类比推理的优势,也是普通法系“遵循先例”的保障。类比推理奉行“同类事项同类处理”,采用的方法是归类式比较,坚持了公平对待的正义原则。同归纳逻辑强调从特殊到一般、演绎逻辑强调从一般到特殊的方法相对照,类比逻辑指的是所谓“从特殊到特殊”的方法,类比逻辑是已知事物和未知事物在某些方面具有相似性,然后再从已知事物的特征中推理出另外一个未知事物也具有同样的特征。法学方法论意义上的类比推理也是从特殊到特殊的逻辑规律,但却受制于法律规定,刑法解释不能脱离法律明文规定而任意入罪,随意更改规则。^[27]基于正义的要求,同类事物应作同类处理,但立法者不能预见同类事物的全部类型,因此以兜底条款方式予以规定,类比方式意味着将法律明确规定的类型——先例,转用于法律规定不明确的地方,但却与前述先例在刑法评价的重心具有类似的情况,转用的基础在于:两者在与法律评价有关的重要观点上相同,在类型上彼此相似,因此二者应作相同的评价。就此而言,类推解释从来都是一个评价性的思考过程,这不仅是一个立足于个罪之规范保护目的的判断,也是类比推理的结果。哪些情况属于经济刑法之兜底条款的行为类型,其理由为何,都离不开将该种新情况与先例

之间的类型化比对,以判断其是否具有类似性。

作为一项立法技术,兜底条款一般是在列举具体个罪的客观行为之后使用。这种被列举的客观行为被称之为先例区辨(distinguish),即立法者会事先列举与兜底条款具有相同性质的具体类型,先例之“例”具有限制作用,提供样板以作类比、对照,从而使被规范约束的民众有更多可以预见法律之内涵及意义的丰富线索。然后,再采用“或者其他”“以及其他”等词语将相关的类似情形划入刑法打击的范围,为立法者提供“灵活转身”的规范空间。^[28]兜底条款本身的明确性程度已经具体化为行为类型——先例,同时,先例又不能包含兜底条款的全部类型,兜底条款必然会随着社会变化而把新出现的犯罪行为囊括其中,这道理说来简单,真正的困难在于兜底条款边际上如何抉择:是刑法中兜底条款对社会生活的被动回应?还是立足于先例严格限制不具有相同类型的行为被恣意纳入兜底条款的“势力范围”?就兜底条款的涵摄范围而言,当某种行为具有与先例相同或相似的法益侵害性时,是继续要求判断这种行为与先例的行为具有相似性或相同性,还是就此止步,直接依据实质上的判断(比如背信损害上市公司利益)而径直做出构成犯罪的解释结论?

回答上述问题的前提是:两者在解释结论上有何区别?前者只从实质上判断行为是否具有相同或相似的法益侵害性,而不去考量行为类型上与先例之间是否具有相同或相似性,这样会导致实质判断优先于形式判断,带来刑法解释的口袋化扩张。后者则强调在从实质上判断行为是否具有相同或相似的法益侵害性之外,仍需去考量行为类型上是否与先例之间具有相同或相似性,从而把与先例之间不具有相同性或相似性的行为排除在外,因此是一种形式判断与实质判断兼顾的解释方法。刑法意义上的形式判断抑或实质判断都是一种非此即彼的关系。以《刑法》第263条规定的抢劫罪为例,暴力、胁迫之外的“其他方法”是什么,我们需要关注暴力、胁迫对人身权利的依附关系,即对人身权利具有一种近距离的强制,或者说是一种贴身禁忌,那种对人身权利实质上构不成现实威胁的行为,则难以将其归类到抢劫罪中的“其他手段”。比如,装鬼把被害人吓走或裸露自己的生殖器把被害人吓走,然后取走被害人留在现场的财物的,则不构成抢劫罪。行为类型与犯罪本质之间具有密切的联系,抢劫罪的本质是一种近距离的人身强制,只有符合这一本质的行为类型,才能够构成犯罪。但并不意味着行为类型没有意义,因为抢劫罪意义上的暴力、胁迫等方法都借助于武力,是本罪区别于盗窃、诈骗等犯罪的地方,装鬼把被害人吓走或裸露自己的生殖器并不是抢劫罪的方法。

这种意义上的“解释学循环”的过程在经济犯罪之兜底条款与先例之间体现最为明显,经济刑法中的兜底条款一般是指基于堵截犯罪行为脱逸刑事法网的现实需要,而对法条无法穷尽但未来可能出现的情形进行抽象规定的法律条文,它为了弥补刑法文本与社会现实之间的脱节,将实质上具有法益侵害或侵害的危险,但刑法条文没有明示却已经内含的行为类型纳入犯罪的范畴,从而使兜底

条款在客观上能够发挥克服因立法者知识有限而造成的立法缺陷及重大遗漏。^[29]这种被纳入兜底条款范畴的行为类型,必定与先例之间具有相似性,即与先例的行为虽有区别,但也具有相似性,这种相似性是通过类比方法得出的,而不是凭着法官自由裁量权得出。一般来说,刑法构成要件符合性的判断是一种实质关系的判断,也是一种法律意义上的判断。因此,在类比法律推理中,判断比较重要程度的标准是犯罪侵害的法益和法定的构成要件,即行为侵害了何种法益,侵害的法益是通过何种具体行为方式来完成的。这需要遵循三个步骤:其一,一个基点的合理性,这个基点就是先例,先例来自于立法的明确规定,是具有权威性的;其二,两个情况之间在事实上的相同点和不同点,确定先例与新出现的某种情况之间是否具有相同性,这需要根据构成要件内含的行为类型、保护的法益等进行精细比较;其三,在某种场合下这些相同点和不同点的相对重要性,决定在某种情形下两种情况间在事实上的相同点更重要,还是不同点更重要。进而依据这种步骤得出依照、区别或者否决的推理结果。^[30]

从法理上分析,经济犯罪之兜底条款之所以需要运用类推解释予以明确,这是由兜底条款的开放性与普遍性所决定的。兜底条款的开放性体现在允许解释者把先例之外的情况解释为犯罪,以堵截未来可能发生、未被例示但却与先例同质同类的犯罪,以发挥刑法的社会保护功能。就经济犯罪的解释而言,兜底条款的这种开放性本身就是一种风险,化解这种风险的出路在于正确认识先例与兜底条款之间的内在一致性,运用类推解释把兜底条款之开放性置于先例的限制之下,确保兜底条款所涵摄的类型与先例之间具有同质性与相似性,以免出现兜底条款解释的恣意化现象。兜底条款的普遍性意味着刑法中的兜底条款属于个罪本质性规定,只明确了个罪保护的法益或不法行为属性,而没有明确其涵摄的行为类型具体为何,这使演绎推理意义上的“三段论”难以得出唯一结论,因而被民众认为不公正,需要解释者在个案中结合解释规则予以明确,这种解释需要从个罪所保护的法益出发关注体系正义,需要重视类推解释以明确兜底条款涵摄的行为类型与先例之间是否具有相似性,确保“同类案件同类处理”的体系正义,同时,避免经济犯罪之兜底条款的极度扩张化解释现象。

综上,经济刑法之兜底条款解释反对法律续造意义上的类推适用,这就需要运用类推解释确保兜底条款所涵摄的行为类型与先例之间具有同质性与相似性。唯有如此,才能在兜底条款的解释上追寻社会保护与人权保障的最佳平衡点。就此而言,对经济刑法之兜底条款做出扩张解释并不可取,反对扩张解释而主张限制解释也是一种理论误区。遮蔽类推解释的“真理之光”,自然导致刑法解释失去“高超的技艺理性”,这种刑法解释理论在实践中也是没有生命力的。

四、兜底条款与先例解释的个别化

本文意义上的类推解释建立在经济犯罪之先例与兜底条款的相互制约关系之上,这种类推解释乃是来自于兜底条款与先例之间的“解释学循环”,作为这种

循环的体现之一,可能为经济犯罪之兜底条款的解释带来另一种可能:兜底条款的意义在于堵截未来可能发生的犯罪,但又不能排除的情况是,随着社会发展变化,某种被先例视为犯罪的情况,因为政策、社会变化等发生改变,而不应当再被视为犯罪,在立法没有改变之时,则需要借助于兜底条款限制先例成立犯罪的范围,这大致可以视为是兜底条款对先例的否定作用,由此带来先例解释的个别化。

(一)兜底条款对先例的“否定作用”

类推解释离不开语言学面向对兜底条款之可能含义的挖掘,也离不开对规范面向之规范保护目的的检验。解释者需要立足于前者检验某种类型是否在兜底条款之“可能的文义”范围内,立足于后者,则需要重视经济刑法之兜底条款对先例的否定作用,即通过经济刑法之兜底条款的规范保护目的区分先例之间的类似或区别,从而给先例的个别化解释一个“灵活转身”的空间。

先例所涵盖的各个类型之间属于“兄弟类型”,绝非“双胞胎”,并无统一的入罪标准。经济刑法中兜底条款与先例属于“母子类型”,先例为兜底条款所涵摄,并表征了兜底条款的类型特征,两者的统一共同界定了经济犯罪存在的边界,其中,先例是对兜底条款的具体化、类型化,不仅体现了兜底条款的本质,而且进一步明确明确了兜底条款内含的、最常见的基本类型,只是先例对经济犯罪本质的限定仍需结合兜底条款予以明确。而经济刑法中的兜底条款是对犯罪本质的概括性描述,揭示了具体个罪的本质。兜底条款与先例之间是一种相互依存的关系,当兜底条款内含的行为类型发生变化时,应当对先例所涵摄的范围进行适当调整,包括将先例所包含的行为进行限制解释,这大致可以被称之为“兜底条款对先例解释的合理限缩”。

兜底条款属于刑法意义上的开放性构成要件、堵截性构成要件,但并不能把兜底条款仅视为一种对未来犯罪情况的堵截。解释者需要重视先例对兜底条款解释的限制,同时,也需要重视兜底条款本身对先例的限制,这大概可以被视为是先例与兜底条款之间的解释学循环,也是体系解释的应有之义。非法经营罪、洗钱罪、背信损害上市公司利益罪等中的先例与兜底条款是一个整体,共同规定了此类犯罪的本质与类型,先例与兜底条款之间相互制约、相互限定,不能截然分开:一方面,先例对兜底条款具有明显的限制作用,它基本上限定了兜底条款涵摄的范围,解释者不可以把与先例之间不具有同质性的行为,解释为兜底条款的范畴,以免造成刑法不当扩张;另一方面,兜底条款对先例具有限缩的意义,当某种行为虽然符合先例的构成要件,但并不具有兜底条款内含的本质时,则需要将表面上符合构成要件的类型,但实质上并不具有处罚意义的行为排除在外。兜底条款之所以对先例具有制约意义,是因为兜底条款乃有关犯罪本质的规定,体现了本罪的规范保护目的。

把没有制造风险的行为包含在内,则属于过度包含,它是指某一事项虽然处于规则的假定条件范围之内,但是规则的适用并不会产生规则的实质规范目的所期待或者所欲加以避免的后果,^[31]此时,需要立足于个罪的规范保护目的将

这种无意义的规则适用排除。规则往往是一般性的规定,难以关注到个案的特殊性,就刑法中的“禁止杀人”规定而言,其目的在于防止非法剥夺他人生命,仅就该规范的字面含义而言,正当防卫杀人、执行死刑也为该规则所涵摄,但正当防卫杀人、执行死刑并不符合故意杀人罪的规范保护目的,应当被排除在“禁止杀人”的规则之外。显然,这也属于兜底条款对先例的限制,即当先例赖以存在的不法与有责基础不存在时,以兜底条款的实质限定对先例构成犯罪做出反对解释。这种全新的思路,无疑为先例的解释打开一扇美丽的窗,我们尚需把问题延伸:立足于兜底条款的本质性规定,重视先例入罪标准的个别化解释。

(二)应重视先例入罪标准的个别化解释

刑法是对犯罪行为类型化界定,旨在将反复出现的、具有规律性与法益侵害性的行为界定为刑法明文规定的犯罪。兜底条款有类型划分,非法经营罪中的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,洗钱罪中的“其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的”,操纵证券、期货市场罪中的“以其他方法操纵证券、期货市场的”与骗取外汇罪中的“其他方式骗购外汇的”、贷款诈骗罪中的“其他方法诈骗贷款的”、合同诈骗罪中的“以其他方法骗取对方当事人财物的”不同,前者涉及的行为对象类型与行为方式的性质是不同的,而后者涉及的行为对象类型与行为方式的性质是一致的。

在刑法明确性原则之下,即使若干行为类型都构成同一罪名,但刑法对行为方式、行为程度或行为后果等的要求不同。这对兜底条款对先例的解释具有启发意义:刑法有关经济犯罪的规定一般不规定入罪标准,而是交由最高司法机关制定司法解释予以明确。依据《最高人民法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79条规定:从事其他非法经营活动,具有下列情形之一的,应当按照非法经营罪立案追诉:(1)个人非法经营数额在五万元以上,或者违法所得数额在一万元以上的;(2)单位非法经营数额在五十万元以上,或者违法所得数额在十万元以上的;(3)虽未达到上述数额标准,但两年内因同种非法经营行为受过二次以上行政处罚,又进行同种非法经营行为的;(4)其他情节严重的情形。该司法解释对其他对象的非法经营同时规定了不同的立案标准,入罪标准完全不同。

相映成趣的是,刑法中有关犯罪本质的规定是比较常见的。比如,《刑法》第264条把盗窃罪规定为“盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”,这里的盗窃虽然是犯罪行为类型的规定,同时也是盗窃罪区别于诈骗罪、抢劫罪等其他犯罪的最本质属性,可以说,立法者在最常见的盗窃罪问题上,设定了三个方面的限制:一是行为类型的犯罪,即必须是以盗窃方式完成;二是盗窃的行为方式,包括多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃;三是数额限制,即除了非典型盗窃罪之外,均要求数额较大。可见,立法者对犯罪标准制定采取一种多元主义,而不是一种单边主义。再如,《刑法》第133条之一把危险驾驶罪规定为“在道路上驾驶机动车,有下列情形之一的,处拘役,并处罚

金:(一)追逐竞驶,情节恶劣的;(二)醉酒驾驶机动车的;(三)从事校车业务或者旅客运输,严重超过额定乘员载客,或者严重超过规定时速行驶的;(四)违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品,危及公共安全的。……”首先,立法者对危险驾驶罪并没有采取兜底条款,其次,立法者所规定的四种类型的危险驾驶的具体行为也有所差异,其中,追逐竞驶的,要求情节恶劣;违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品的,要求需达到危及公共安全的程度;其它两种行为则没有限制,即醉酒驾驶机动车,只需要在醉酒状态下驾驶机动车即可,从事校车业务或者旅客运输,严重超过额定乘员载客,或者严重超过规定时速行驶的,就构成了犯罪。此外,《刑法》第384条挪用公款罪的规定亦区分资金用途为合法、非法与营利,并规定不同的数额与时间标准,从而实现了犯罪标准的多元化。

上述立法规定对正确认识“兜底条款”的解释论意义具有启发:经济刑法在規定兜底条款之前,必然会先规定先例。然而,先例也比较抽象,需要司法解释予以明确。由于不同先例的行为方式、行为对象等不同,不同先例自身内含的处罚必要性不同,对入罪标准的要求也不尽相同,这就需要回到兜底条款所设定的犯罪的本质予以评判,当解释者在判断某一行为是否属于先例规定的类型时,不能只考虑其与先例的规定是否具有形式上的相似性,而是必须回溯至兜底条款所内含的犯罪本质,回溯至规范建构时的规范保护目的,以判断何种类型、何种标准的类型属于先例所涵摄的。刑法学界主张以个罪所保护的法益进行实质解释,也是这个道理。因此,对先例的解释往往并无法采取统一的数额标准等,而是需要实现个别化,否则就会带来体系正义与个案正义之间的冲突。遗憾的是,目前我国刑法或司法解释对先例的入罪标准基本上采取统一的标准,忽视了不同先例之间在社会危害性上的差异。这种情况应当在后续司法解释制定中予以改变。当然,鉴于篇幅所限,本部分只是一个初步的思考,仍停留在抽象理论呼吁的层面,但是这种提示也不失意义,也许会开启新的研究历程。

经济刑法之兜底条款的解释规则是一个尚未解决的法学难题。社会转型时期新的犯罪层出不穷,这又给经济刑法之兜底条款的解释带来了挑战,我们必须理性对待经济刑法之兜底条款的解释规则:重视先例对兜底条款的限制意义与强调兜底条款对先例的制约意义,这是类推解释的题中之义。先例与兜底条款寄居在一个完整条文之中,自然是一种“你中有我、我中有你”的关系。经济刑法中的兜底条款属于分则部分不确定性、一般性、本质性规定,有一个不确定概念具体化问题,这需要先例为参照对象进行类推解释,反对类推适用在类推解释掩护下“暗渡陈仓”,以确保兜底条款所涵摄的行为类型与先例之间能够具有同质性、类比性。同时,经济刑法中的先例也有个别化解释的问题,需要立足于兜底条款的本质性规定,对先例做出更为符合社会危害性的解释,而不能不问行为类型与行为对象的特殊性,单一以损失数额或违法所得数额等粗糙入罪。一言以蔽之,在“先例”的个别化解释与“兜底条款”所涵摄的行为类型的具体化解释中,类推解释是一个很好的解释方法选择,能形成对“先例”与“兜底条款”的完全

覆盖,也是一个具有理论的周延性与存立的正当性的解答方案,值得学界进一步讨论。

注释:

[1]具体包括:“非法生产、销售赌博机”“非法贩卖国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品或精神药品”“通过信息网络有偿提供删除信息服务,或者明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息等服务的行为”“非法采挖、销售、收购麻黄草的行为”“非法生产、销售非食品原料及非法从事生猪屠宰、销售等行为”“非法生产、经营烟花爆竹的行为”“非法买卖麻黄碱类复方制剂等行为”“非法发行基金的行为”“非法经营烟草专卖品的行为”“使用POS机等方法套现的行为”“生产、销售假药、劣药的行为”“非法经营证券业务的行为”“非法发行、销售彩票的行为”“非法经营网吧的行为”“预防、控制传染病期间哄抬物价的行为”“非法经营食盐行为”“非法经营电信业务行为”“非法经营出版物行为”“非法经营外汇行为”“非法经营文物行为”。

[2]《最高人民法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18条规定。

[3]刘风景:《例示规定的法理与创制》,《中国社会科学》2009年第4期。

[4][24]何荣功:《刑法“兜底条款”的适用与“抢帽子交易”的定性》,《法学》2011年第6期。

[5]蔡道通:《经济犯罪“兜底条款”的限制解释》,《国家检察官学院学报》2016年第3期。

[6]吴文耀:《法律适用方法论——一个批判观点的考察》,台北:元照出版公司,2010年,第29—30页。

[7]胡玉鸿主编:《法律原理与技术》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第428页。

[8][23][29]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。

[9][13][德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2004年,第95、258页。

[10]杨文革:《刑事诉讼法上的类推解释》,《法学研究》2014年第2期。

[11]杨仁寿:《法学方法论》,北京:中国政法大学出版社,1999年,第162页。

[12]薛瑞麟:《论刑法中的类推解释》,《中国法学》1995年第3期。

[14]黄继坤:《刑法类推解释如何得以进行——刑法演绎推理中的类推解释》,《现代法学》2011年第5期。

[15]刘明祥:《论刑法学中的类推解释》,《法学家》2008年第2期。

[16][18]周少华:《“类推”与刑法之“禁止类推”原则——一个方法论上的阐释》,《法学研究》2004年第5期。

[17]郑永流:《法律方法阶梯》,北京:北京大学出版社,2008年,第142页。

[19][22]杨绪峰:《反思与重塑:刑法上类推解释禁止之研究》,《环球法律评论》2015年第3期。

[20][21][德]亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台北:台湾学林文化事业公司,1999年,第9—11、103页。

[25]罗书臻:《最高法院指令巴彦淖尔中院再审》,《人民法院报》2016年12月31日,第1版。

[26]即立足于比例原则,刑法所规制的行为必须由其他法律规范在先。

[27]苏治:《论司法过程中的类比推理》,《法律方法》2004年第3卷。

[28]姜涛:《规范保护目的:学理诠释与解释实践》,《法学评论》2015年第5期。

[30]吴学斌:《类比法律推理的性质与难题》,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2006年第4期。

[31]陈景辉:《规则的普遍性与类比推理》,《求是学刊》2008年第1期。

[责任编辑:刘 璠]