

# 司法裁判中刑法同类解释规则运用的反思与重塑

俞小海

(华东政法大学法律方法研究院,上海 200042)

**摘要:**刑法同类解释规则是准确理解刑法兜底条款和概括规定的重要解释方法,该规则的生命力,很大程度上取决于司法实践中对该规则的接受、认可和运用。司法裁判中刑法同类解释规则的具体适用对象以刑法条文中的概括规定为主,可进一步细分为刑法条文中的兜底条款或概括规定、立法解释中的兜底条款、司法解释中的兜底条款或概括规定和刑法条文中的概括规定+司法解释中的概括规定(兜底条款)四种类型。刑法同类解释规则在“出罪”或从轻处罚方面发挥了积极作用,但也存在规则误用、轻视、刑法兜底条款的误读等问题。刑法同类解释规则的不当运用会产生定罪层面的扩张性、量刑层面的失衡性和同案不同判等负价值,其背后根源在于对刑法同类解释规则存在认识误区及将该规则作为一种法律解释方法的价值偏位。应从刑法同类解释规则的规范定位、运用刑法同类解释规则的立场一致、增强运用刑法同类解释规则的裁判说理能力、防止对理论通说观点的过度背离四个方面重新构建刑法同类解释规则实践运用的合理路径。

**关键词:**司法裁判;刑法同类解释规则;兜底条款;概括规定;实践运用

中图分类号:DF61 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1008-4355.2021.06.10 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



刑法同类解释规则的基本含义是指刑法条文在列举了具体项(要素)之后紧接着使用了“等”或“其他”+概括项的表述时,对“等”或“其他”+概括项的解释应与具体列举项保持同类。自从储槐植教授在1987年版《美国刑法》一书中较早译介了刑法学中的同类解释规则以后<sup>①</sup>,该规则逐渐被我国刑法学者接受,并成为解释包含“等”或“其他”标识词的刑法兜底条款或概括规定的一般性规则。兜底条款和概括规定在我国刑法文本中分布广泛<sup>②</sup>,决定了刑法同类解释规则是我国刑法条具体

收稿日期:2022-05-18

作者简介:俞小海(1986),男,江西婺源人,华东政法大学法律方法研究院特聘研究员,法学博士。

① 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1987年版,第42页。

② 俞小海:《刑法同类解释规则:一个反思性的证立》,载《新疆社会科学》2022年第4期,第142页。

适用中无法回避的一项规则。但是,关于该规则在司法实践中的运用,刑法学界鲜有关注。刑法同类解释规则毕竟是一个学理性概念,学理性概念能否具有较强的生命力,不仅取决于该概念本身的科学性,还在更大程度上取决于司法实践中对该概念的接受、认可和运用。基于上述考虑,笔者拟对刑法同类解释规则的实践运用情况进行专门分析,以期为实现理论与实践的良性互动提供一个样本。

## 一、刑法同类解释规则实践运用的现状和问题

笔者通过“中国裁判文书网”共检索出涉及刑法同类解释规则具体运用的裁判文书 73 篇。<sup>①</sup> 从时间来看,最早的是 2008 年,最近的则是 2021 年,判决时间跨度较长且判决数量呈增长趋势;从罪名来看,共有 27 个罪名,其中,主要集中在危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、妨害社会管理秩序罪三章,三者占比达 72.6%,其中,又以危害公共安全罪为主,占比接近 50%。以上述司法案例为依托,可以发现刑法同类解释规则实践运用的基本现状及存在的问题。

### (一) 刑法同类解释规则实践运用的类型划分

依据不同的标准,可进一步对刑法同类解释规则实践运用的基本类型作更为具象化的归纳。比如,以总则和分则为标准,运用刑法同类解释规则分析刑法总则条文的有 2 例,均涉及对刑法总则规定的“立功”的认定,其余 71 个则涉及对刑法分则相关条款的解释。又如,以解释对象的单数和复数为标准,对单一兜底条款进行解释的有 23 例,对单一概括规定进行解释的有 46 例,对概括规定和兜底条款进行综合解释的有 4 例。<sup>②</sup> 可以看出,司法机关在个案判决中运用刑法同类解释规则主要是针对概括规定。再如,以所处的规范性文件为标准,可将刑法同类解释规则的具体解释对象细分为以下 4 种:一是刑法条文中的兜底条款或概括规定。该类判决共有 42 例,其中,涉及兜底条款的有 6 例,涉及概括性规定的有 36 例。在兜底条款的 6 例中,5 例系背信损害上市公司利益罪中“(六)采用其他方式损害上市公司利益的”和合同诈骗罪中“(五)以其他方法骗取对方当事人财物的”这两个兜底条款,1 例系 2012 年《刑事诉讼法》第 15 条、2018 年《刑事诉讼法》第 16 条规定的“(六)其他法律规定免于追究刑事责任的”。在概括规定的 36 例中,包括破坏生产经营罪中的“其他方法破坏生产经营的”、妨害作证罪中的“等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证”、抢劫罪中的“其他方法抢劫公私财物”、以危险方法危害公共安全罪和过失以危险方法危害公共安全罪中的“其他危险方法”5 种情形。二是立法解释中的兜底条款。该类判决有 2 例,分别是 1998 年 12 月 19 日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 1 条第(三)项“以其他

<sup>①</sup> 具体检索方法是,将案由和案件类型均设置为“刑事”,将全文关键词设置为分别包含“同类解释”“同类规则”“同质性”“相当性”“兜底条款”,裁判日期为自中国裁判文书网收录裁判文书以来截至 2021 年 12 月 31 日,共检索出 390 份刑事裁判文书,经逐一梳理,共得出 73 篇真实有效的涉及刑法同类解释规则具体运用的裁判文书。

<sup>②</sup> 从更为严谨的立场出发,应对兜底条款和概括规定作出区分。兜底条款是针对刑法条文中“条”“款”下的“项”,概括“项”和列举“项”是相对独立的关系,典型的兜底条款如《刑法》第 225 条非法经营罪第(四)项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。而概括规定是在一个“条”“款”内部具体列举事项之后紧跟的概括性表述,概括事项并非完整独立的构成要件行为,仅仅是关于行为主体、行为方式、危害后果等单个构成要素的描述,如《刑法》第 263 条抢劫罪客观行为方式的表述是“暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物”中的“其他方法”。本文在上述区分的基础上使用“兜底条款”和“概括规定”。

方式骗购外汇的”和2009年8月27日全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》第(七)项“协助人民政府从事的其他行政管理工作”。三是司法解释中的兜底条款或概括规定。这主要是指“两高”针对具体刑法条文的理解与适用所作的司法解释中,设置了兜底条款或概括规定,这也是司法判例显示出来的司法机关运用刑法同类解释规则的场域。该类判决共有25例,其中,涉及兜底条款的有15例,涉及概括规定的有10例。从罪名分布上来看,涵盖了非法行医罪,拐卖儿童罪,开设赌场罪,骗取贷款罪,破坏电力设备罪,破坏公用电信设施罪,侵犯公民个人信息罪,容留卖淫罪,生产、销售有毒、有害食品罪,贪污罪,危险驾驶罪,信用卡诈骗罪,掩饰、隐瞒犯罪所得罪共13个罪名。四是刑法条文中的概括规定+司法解释中的概括规定(兜底条款)。这主要是指我国刑法条文对某个犯罪构成条件的规定中有概括表述,司法解释对于该概括表述作了进一步的细化明确,而细化明确中往往又包含了概括规定或兜底条款,司法机关在分析具体个案能否被刑法条文概括条款涵摄时,往往既涉及对刑法条文中概括条款的分析,也涉及对司法解释中概括规定或兜底条款的分析。73个司法判例中,该类情形有4例,具体包括:在对立功的司法认定中对《刑法》第68条“等立功表现”和1998年5月9日最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(法释[1998]8号,以下简称《自首和立功解释》)第5条“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)”的分析认定;对《刑法》第68条“等立功表现”和《自首和立功解释》第5条“具有其他有利于国家和社会的突出表现”的分析认定;对《刑法》第358条第4款“有其他协助组织他人卖淫行为”和2017年7月25日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条第1款“等的”的分析认定;对《刑法》第312条“以其他方法掩饰、隐瞒”和2015年6月1日最高人民法院《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2015]11号,以下简称《掩饰、隐瞒犯罪所得解释》)第10条“等”的分析认定。

## (二)刑法同类解释规则实践运用的功能发挥

作为一项具体的刑法解释规则,司法机关在运用刑法同类解释规则时,无非是要实现两个目的:一是对被告人的行为进行“入罪”;二是对被告人的行为进行“出罪”。在对司法判例中刑法同类解释规则具体运用情况的细致梳理中,笔者发现了一个重要的现象,即司法机关运用刑法同类解释规则后,对相当数量的被告人作了从轻处理。在73例司法判例中,有39例系司法机关运用刑法同类解释规则实现了“入罪”目的;另有4例系对被告人从重处罚,其中,2例是实现了刑罚“升档”,1例是罪名变更(将轻罪变更为重罪,具体是将遗弃罪变更为拐卖儿童罪),1例是对立功情节的不予认定。有30例系司法机关运用同类解释规则对被告人作了“出罪”或从轻处罚,占比41.1%。换言之,借助于刑法同类解释规则,司法机关对四成的案件作了轻缓化处理。这充分说明,与其他解释方法相比,刑法同类解释规则是实现“轻罪轻罚”的一个比较可靠且十分重要的工具。

30例案件主要分为4类:(1)实现绝对意义上的出罪(无罪判决)的有2例:1例是认为被告人在承包地的土地补偿问题未得到解决,而有相关建筑单位在其承包地上进行施工的情况下阻止施工的行为,与《刑法》第276条列举的“毁坏机器设备”“残害耕畜”要素的危害程度并不相当,不构成“以其他方法破坏生产经营”;另1例是认为《刑法》第224条合同诈骗罪中列举的第(五)项“以

其他方法骗取对方当事人财物的”应与已列举的4项情形相当,而被告人的行为与已列举情形不相当,无法认定为第(五)项“以其他方法骗取对方当事人财物”。(2)实现相对意义上的“出罪”(对公诉机关指控的多节犯罪事实中的一节不予认定)的有4件,其中一审案件3件,二审案件1件。(3)实现刑罚降档(减轻)或从轻处罚(对从重处罚的情节不予认可)的有9件,其中,再审案件1件,二审案件3件,一审案件5件。(4)罪名调整或变更(主要是将重罪名调整为轻罪名)的有15件(二审1件、一审14件),具体包括将以危险方法危害公共安全罪分别调整为危险驾驶罪(2件)、妨害公务罪(2件)、故意伤害罪(1件)、聚众扰乱社会秩序罪(1件)、交通肇事罪(1件);抢劫罪调整为盗窃罪(2件);合同诈骗罪调整为诈骗罪(1件);信用卡诈骗罪调整为骗取贷款罪(1件);背信损害上市公司利益罪调整为违规披露、不披露重要信息罪(1件);过失以危险方法危害公共安全罪调整为过失致人死亡罪(1件);破坏公用电信设施罪调整为扰乱无线电通讯管理秩序罪(1件);挪用资金罪调整为背信损害上市公司利益罪(1件)。法院在罪名调整或变更的裁判理由中,基本上都明确或隐含运用了刑法同类解释规则。

### (三)刑法同类解释规则实践运用的问题检视

应当看到,刑法同类解释规则在司法裁判中的运用也存在一些问题。主要表现在三个方面:

第一,刑法同类解释规则的误用。在司法判例中,可以看到将刑法同类解释规则误用为同类解释的情形。比如,在王某某等开设赌场罪一案中,被告人设置微信群后以在群中开设“PC蛋蛋”外围赌博的方式供微信群内好友参赌,并从中牟利。本案的定性争议在于被告人的行为是聚众赌博行为还是开设赌场行为。2010年8月31日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》(公通字〔2010〕40号,以下简称《网络赌博意见》)第1条明确了“开设赌场”的4种行为。<sup>①</sup>本案被告人和辩护人认为,本案行为不属于该司法解释规定的开设赌场犯罪行为。法院则认为:“按照同类解释的原则,这与‘建立赌博网站并接受投注’的方式其实并无二致。因此,本案赌博行为依法应当认定为开设赌场的行为,故该辩解及辩护意见于法无据,本院不予采纳。”<sup>②</sup>可以看出,法院是将本案被告人实施的通过建立微信群招揽组织他人参与赌博活动的行为,与《网络赌博意见》明确的“建立赌博网站并接受投注”行为进行比较,进而得出二者“并无二致”的结论。虽然法院冠之以“同类解释”之名,但这充其量只是一种“两两比较”层面的“同类解释”,并不属于“同类解释规则”的范畴。这种基于“两两比较”的解释路径,由于缺乏了真正意义上刑法同类解释规则的规范和约束,客观上增加了解释结论的不稳定性,所以容易带来适法不统一的隐患。在陈某等人赌博罪一案中,司法机关就作出了不同的判定,认为“被告人采用建立微信群的方式聚众赌博与建立或代理赌博网站组织赌博活动有着明显的差异,无法将本案的客观行为解释为司法解释规定的行为”<sup>③</sup>。应当看到,建立微信群聚众赌博并从中抽头渔利,其行为的确可归为网络赌博犯罪的范畴,但《网络赌博意见》对网上开设赌场的客观行为作出了明确的、封闭式

<sup>①</sup> 分别是:1. 建立赌博网站并接受投注的;2. 建立赌博网站并提供给他人组织赌博的;3. 为赌博网站担任代理并接受投注的;4. 参与赌博网站利润分成的。

<sup>②</sup> 参见福建省厦门市湖里区人民法院(2016)闽0206刑初593号刑事判决书。

<sup>③</sup> 参见上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115刑初3572号刑事判决书。

的界定(既无概括规定也没有兜底条款),因此,将其他利用信息网络组织赌博的行为解释为《网络赌博意见》中明确的行为,是基于类似性而在刑法评价上的一种“等置”,并不是刑法同类解释规则的运用。

又如,“张某某非法采伐国家重点保护植物案”中,张某某欲在自家花园内栽种红豆杉,后在独自上山采挖一株红豆杉的过程中被村委会发现。经鉴定,涉案野生南方红豆杉系国家一级重点保护野生植物。我国《刑法》第344条非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪规定的犯罪行为方式为采伐和毁坏两种。<sup>①</sup>本案被告人的行为是采挖,而且主观目的是移栽在自家花园。能否将采挖行为解释为“采伐”?这是本案司法认定的关键所在。法院认为:“采挖与砍伐在行为方式上有所差异,但行为性质、危害后果等方面具有同质性,将采挖与砍伐等同视之,符合同类解释原理。”<sup>②</sup>但是,从行为本质、危害后果方面将“采挖”与“采伐”两种行为进行相似性、同质性的比较,这并不是刑法同类解释规则的含义,而是宽泛意义上“同类解释”乃至“同类情况同等处理”理念的体现。

此外,我国刑法在多个犯罪构成要件或加重处罚条件的规定中都使用了“其他严重情节”“其他特别严重情节”“其他恶劣情节”“其他特别恶劣情节”等概括表述,而在这些“其他”之前往往仅有一个列举事项(数额较大、数量较大等)。由于列举事项不足,且列举事项与“其他”之间并不存在“公约数”,对于“其他”的解释无法适用刑法同类解释规则。但是,个别司法判决对犯罪构成要件中该种“两两并列”的列举事项,从相当性角度予以论证,隐含了刑法同类解释规则的运用。<sup>③</sup>显然,这些都是司法实践中对刑法同类解释规则的误用。

第二,刑法同类解释规则的轻视。与其他众多的刑法学概念一样,刑法同类解释规则被司法机关在裁判文书说理时直接引用的情况并不多见。在笔者梳理的73例司法判例中,虽然与“刑法同类解释规则”的运用有关,但裁判文书中明确提到“同类解释”的只有9例,仅占12.33%,其中,明确表述为“同类解释规则”的仅有4例,1例由辩护人在辩护意见中提出,另3例系法院在判决主文部分提出;表述为“同类解释的原则”的有3例;表述为“同类解释相当性的原则”“同类解释的一般原则”的各1例。其余64例司法判决中均未提及“同类解释规则”“同类解释”“同类规则”等表述,而采用了“同质性”“相当性”“同质性+相当性”等词语。这说明,虽然刑法同类解释规则受到了学界的广泛关注,其价值和理念也得到了司法实践的认同,但“刑法同类解释规则”这一概念并未获得应有的重视。如上文所述,虽然该规则在“出罪”和从轻处罚方面发挥了积极作用,但以司法判例情况观之,更多还是对该规则的轻视。我国刑法或司法解释中的兜底条款和概括规定比比皆是,如果不重视刑法同类解释规则的运用,对于兜底条款和概括规定的司法认定极有可能呈现恣意扩张的泛化态势。

第三,刑法兜底条款的误读。刑法兜底条款是刑法同类解释规则适用的主要对象之一,有学者

<sup>①</sup> 2021年3月1日最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(七)》将《刑法》第344条原有“非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪”和“非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪”统一为“危害国家重点保护植物罪”。

<sup>②</sup> 参见重庆市第二中级人民法院(2019)渝02刑终75号刑事判决书。

<sup>③</sup> 参见江西省横峰县人民法院(2018)赣1125刑初71号刑事判决书。

甚至认为刑法同类解释规则是理解刑法所有兜底条款的普遍性或定理性规则<sup>①</sup>,由此看出兜底条款在刑法同类解释规则具体运用中的权重。这就要求在具体运用刑法同类解释规则之前,首先要准确认识兜底条款的基本含义和特征指向。学界一般认为,兜底条款是指刑法分则在列举规定(事项)以外,采用“其他……”这样一种概然性、总括性方式所作的规定。<sup>②</sup>最为典型且被学界研究最多的兜底条款,当属《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”。笔者梳理的73个司法判例中,涉及对刑法条文或司法解释中单一兜底条款进行解释的有23例,占比31.51%。如果对兜底条款本身存在错误认识,必然会影响到刑法同类解释规则的具体适用。在对司法判例的观察中,笔者发现个别判例存在对刑法兜底条款本身的误读现象。

兜底条款包括列举事项和以“其他……”为标志的概括项,列举事项和概括项之间是并列关系,而同一刑法条文中有关不同刑罚幅度的规定则并非并列关系。比如,《刑法》第177条伪造、变造金融票证罪在规定基本犯的基础上,还分别规定了“情节严重”和“情节特别严重”两种法定刑升格情形,由此形成了伪造、变造金融票证罪的三个量刑幅度。显然,这三个量刑幅度之间是一种“递进式”关系。其中,“情节特别严重”就不属于“兜底条款”。《刑法》第168条国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪也属于该种情形。该罪根据“致使国家利益遭受重大损失”和“致使国家利益遭受特别重大损失”两种危害程度,分别设置了“三年以下有期徒刑或者拘役”和“三年以上七年以下有期徒刑”两个量刑幅度。从法理上来说,该罪并不存在兜底条款的适用问题。但在个别案件中,司法机关认为本罪涉及兜底条款的解释。如在“胡某某等国有公司、企业人员滥用职权案”中,二审法院认为被告人不构成国有公司、企业人员滥用职权罪,主要理由是“刑法具有谦抑性,法律虽规定该罪有兜底条款,但适用兜底条款时所具有的危害性应与其他并列条款所具有的危害性相当,且明确。”<sup>③</sup>应当看到,二审裁判文书提到的“适用兜底条款时所具有的危害性应与其他并列条款所具有的危害性相当”虽具有合理性,但其又认为《刑法》第168条有兜底条款,这显然是对刑法兜底条款的一种误解。基于这种误解,显然难以准确运用刑法同类解释规则。

## 二、刑法同类解释规则实践运用的价值证成

刑法同类解释规则实践运用中存在的问题对定罪量刑和适法统一带来了诸多负价值。从这些问题产生的原因来看,有些源于思想观念层面,有些源于法律方法(思维模式)层面,有些源于理论供给不足层面(现有研究甚至还未关注到这些实践问题),但最主要的则是对刑法同类解释规则存在认识误区,将刑法同类解释规则作为一种法律解释方法的价值偏位。

### (一) 刑法同类解释规则不当运用的负价值

刑法同类解释规则的不当运用,必然会对司法机关的定罪量刑活动带来消极影响。从司法实

<sup>①</sup> 张明楷:《合同诈骗罪行为类型的边缘问题》,载《东方法学》2020年第1期,第46页;张建军:《论刑法中兜底条款的明确性》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第2期,第92页。

<sup>②</sup> 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》,载《中国法学》2011年第4期,第119页;王安异:《对刑法兜底条款的解释》,载《环球法律评论》2016年第5期,第25页。

<sup>③</sup> 参见山西省晋中市中级人民法院(2020)晋07刑终134号刑事判决书。

践来看,这种消极影响已经生成。归纳而言,这种消极影响主要体现在以下三个方面:第一,定罪层面的扩张性。在我国刑法和相关司法解释对入罪行为或标准采用了兜底条款或概括规定表述的情形下,如果刑法同类解释规则运用不当或者根本不注重该规则的适用,罪与非罪的界限就会模糊,由此会导致定罪范围的扩张。比如,一般认为,对于《刑法》第114条以危险方法危害公共安全罪中“其他危险方法”的认定,应遵循刑法同类解释规则<sup>①</sup>,但在个案中,有辩护人提出,被告人拉拽公交车司机的行为和刑法列举的危害公共安全的类型不存在相当性。法院指出,其他危险方法系指行为人的任何足以造成不特定多数人的伤亡或公私财产重大损失的行为,被告人行为已足以造成不特定多数人的伤亡或公私财产重大损失。<sup>②</sup>在本案判决理由中,司法机关并未对辩护人的辩护意见作针对性的回应,而是将《刑法》第114条中的“其他危险方法”解释为“任何足以造成不特定的多数人的伤亡或公私财产重大损失的行为”,这显然是未能严格遵循刑法同类解释规则。又如,我国《刑法》第336条规定的非法行医罪的入罪标准是“情节严重”。通常而言,对该条“情节严重”的理解不需要借助于刑法同类解释规则。但司法解释对“情节严重”作了列举+兜底的规定<sup>③</sup>,由此产生了运用刑法同类解释规则的需要。司法解释明确了应当认定为非法行医罪“情节严重”的4种情形<sup>④</sup>,同时附加了“其他情节严重的情形”的兜底条款。按照刑法同类解释规则,对于“其他情节严重的情形”这一兜底条款,应当与已经列举的4种情形保持“同类”。实践中,虽然为他人进行非医学需要的胎儿性别鉴定行为与司法解释已经列举的4种情形并不“同类”,但司法机关倾向于将该行为认定为司法解释中的“其他情节严重的情形”这一兜底条款。<sup>⑤</sup>与此相类似的是关于掩饰、隐瞒犯罪所得罪的司法认定。司法解释关于掩饰、隐瞒犯罪所得罪的入罪标准采取了列举+兜底的表述<sup>⑥</sup>,从具体列举事项来看,如果遵循刑法同类解释规则,那么掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的入罪标准并不包括犯罪行为实施的次数。但在个别案件中,公诉机关认为,被告人系多次购赃,符合司法解释的兜底条款。原审法院也认定被告人构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。后被二审法院改判不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。<sup>⑦</sup>在该案中,如果公诉机关和原审法院严格运用刑法同类解释规则,显然不会得出错误的司法认定结论。

第二,量刑层面的失衡性。除了入罪层面的兜底条款和概括规定。我国刑法和司法解释中还有不少是关于量刑层面尤其是法定刑升格条件中的兜底条款或概括规定,对于该种情形,能否严格遵循刑法同类解释规则,是决定量刑(实践中多表现为加重处罚)是否公正合理的关键因素。而在

① 张明楷:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第891页。

② 参见安徽省淮北市相山区人民法院(2017)皖0603刑初351号刑事判决书。

③ 2008年4月29日最高人民法院《关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2008]5号)第2条、2016年修正的最高人民法院《关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2016年12月20日施行,法释[2016]27号)第2条。

④ 分别是:1.造成就诊人轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍的;2.造成甲类传染病传播、流行或者有传播、流行危险的;3.使用假药、劣药或不符合国家规定标准的卫生材料、医疗器械,足以严重危害人体健康的;4.非法行医被卫生行政部门行政处罚两次以后,再次非法行医的。

⑤ 参见浙江省瑞安市人民法院(2016)浙0381刑初803号刑事判决书;浙江省苍南县人民法院(2015)温苍刑初字第13号刑事判决书;安徽省霍邱县人民法院(2019)皖1522刑初148号刑事判决书。

⑥ 2015年《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条、2021年修正的《掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2021]8号)第1条。

⑦ 参见浙江省温州市中级人民法院(2016)浙03刑终1831号刑事判决书。

个别司法判例中,由于未能运用刑法同类解释规则,导致在量刑层面出现了不准确的情况。比如,司法解释采用5种情形列举+兜底条款的方式对我国《刑法》第144条生产、销售有毒、有害食品罪第二档量刑幅度中的“有其他严重情节”作出规定<sup>①</sup>,显然,对于“其他情节严重的情形”的认定,应当遵循刑法同类解释规则。在个别案件中,一审法院认定被告人的行为符合司法解释中的兜底条款,主要理由是被告人生产、销售有毒、有害食品时间较长且采用网络等隐蔽方式销售。<sup>②</sup>但是,根据刑法同类解释规则,本案行为方式难以归入司法解释规定的兜底条款。<sup>③</sup>虽然二审法院对原审判决作了纠正,但在说理中并未提及同类解释规则<sup>④</sup>这也从侧面说明,刑法同类解释规则在某种程度上并未引起司法人员的充分关注。

第三,同案不同判现象。由于对刑法同类解释规则的轻视、误用特别是对“同类”标准的判定不一,导致了出现“宽严失当”、同案不同判等现象。以笔者收集的73个案件为例,其中有34个系司法机关通过出罪(无罪)、罪名变更(变重或变轻)、刑罚调整(升档或降档)、对立功等重要情节认可或不予认定等方式对公诉机关的指控意见、辩护人的辩护意见乃至被害人及其委托代理人的意见作了调整,占比46.58%。这本身就说明司法实践中对于适用刑法同类解释规则存在较大分歧。如果说基于立场的不同,控辩双方、辩护人与法院之间的争议客观上具有相对合理性,那么同一地区的司法机关(检法之间、不同法院之间、上下级法院之间)之间的争议更能说明刑法同类解释规则的不当运用带来的真实后果。比如,对于以点燃煤气罐(或试图点燃煤气罐)的方式抗拒执法行为,虽然辩护人都提出被告人的行为与放火、决水、爆炸、投放危险物质不具有相当性,但有的司法机关认为具有相当性,进而认定被告人的行为构成以危险方法危害公共安全罪<sup>⑤</sup>,而有的司法机关则认为,被告人的行为与放火、爆炸、决水等行为的危险程度不具有相当性,遂认定为妨害公务罪。<sup>⑥</sup>需要注意的是,上述“同案不同判”案例,在行为类型和特征上并无本质差异,但关于点燃煤气罐的行为是否具有与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当程度的危险,则出现了完全不同的解释结论。又如,对于与他人发生纠纷后驾车冲撞或威胁对方(现场还有其他人)的行为,虽然辩护人均提出被告人的行为与放火、爆炸、决水、投放危险物质等危险方法不具有同质性和相当性,但有的法院认为其行为的危险程度与放火、决水、爆炸投放危险物质等行为的危险程度不具有相当性<sup>⑦</sup>;有的则认为被告人行为的危险程度与爆炸、放火等危害公共安全的犯罪行为具有相当性。<sup>⑧</sup>在这些案件中,法院在

<sup>①</sup> 2013年5月4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》(法释〔2013〕12号)第6条。

<sup>②</sup> 参见四川省成都市武侯区人民法院(2014)武侯刑初字第565号刑事判决书。

<sup>③</sup> 根据司法解释列举,“生产、销售金额十万元以上不满二十万元,有毒、有害食品的数量较大或者生产、销售持续时间较长的”,应当认定为“其他严重情节”。本案生产、销售行为历经一年八个月,持续时间确实较长,但销售金额为7万余元,不属于司法解释明确列举的情形。

<sup>④</sup> 参见四川省成都市中级人民法院(2015)成刑终字第56号刑事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见北京市朝阳区人民法院(2016)京0105刑初1154号刑事判决书;广东省深圳市龙华区人民法院(2018)粤0309刑初591号刑事判决书。

<sup>⑥</sup> 参见安徽省临泉县人民法院(2020)皖1221刑初244号刑事判决书。

<sup>⑦</sup> 参见湖南省邵阳市双清区人民法院(2015)双刑初字第7号刑事判决书;山西省临汾市尧都区人民法院(2018)晋1002刑初37号刑事判决书。

<sup>⑧</sup> 参见四川省内江市中级人民法院(2020)川10刑终60号刑事判决书。

裁判主文中均将被告人实施的行为与放火、爆炸、决水、投放危险物质等危险方法进行“相当性”层面的比较。这说明,至少在法院层面是认可刑法同类解释规则的,但即便在这一基本前提下,也出现了定性差异。实践中,对于驾车发生交通事故或与他人车辆发生碰擦后,继续驾驶车辆行驶,或为了逃脱他人围堵或行政执法检查而驾车碰撞围堵车辆或执法检查人员后,继续驾驶车辆行驶,进而导致再次发生事故或碰撞行为的,虽然在裁判理由中都借用了刑法同类解释规则(主要是“相当性”“同质性”)的表述,但多数司法判例均按以危险方法危害公共安全罪论处<sup>①</sup>,少数则以危险驾驶罪、交通肇事罪等论处。<sup>②</sup>而在关于行为人犯罪后劝说、请求他人为其“顶包”的行为能否认定为我国《刑法》第307条妨害作证罪中的“……等方法”<sup>③</sup>、将被害人锁在店内后开走电动车的行为能否认定为我国《刑法》第263条中的“……其他方法”<sup>④</sup>、驾驶轿车冲向正在拆迁现场工作人员的行为能否认定为《刑法》第114条中的“其他危险方法”<sup>⑤</sup>等司法判例中,检法之间均得出了完全不同的结论。

## (二) 刑法同类解释规则的认识误区

刑法同类解释规则的轻视、误用、刑法兜底条款的误读及其附随的负价值,很大程度上源于对刑法同类解释规则的认识误区。应当看到,当前理论界关于刑法同类解释规则的概括和研究,主要存在三个认识误区:一是将同类解释规则用于不同刑法条文中特定词语的比较分析<sup>⑥</sup>;二是将刑法同类解释规则运用于加重犯或加重情节与基本犯的比较认定<sup>⑦</sup>;三是将刑法同类解释规则运用于不同罪名之间的区分性认定。<sup>⑧</sup>上述认识误区的共同点在于将同类解释规则从同一法条内部列举项和概括项之间的“同类”延伸到不同法条包含事项(或同一法条不具有例示逻辑关系事项)的“两两比较”,虽然冠之以“同类解释规则”之名,但并非通常意义上的同类解释规则,是对同类解释规则的一种扩大化,实际上是对同类解释规则的一种误读。<sup>⑨</sup>

理论界关于刑法同类解释规则的认识误区,无疑对司法实践产生了影响。比如,上文分析提到的司法判例中刑法同类解释规则的误用情形,与将同类解释规则用于刑法条文中特定词语分析的思路如出一辙。上文分析提到的刑法兜底条款的误读,实际上也可以从将刑法同类解释规则运用

<sup>①</sup> 参见江西省赣州市中级人民法院(2020)赣07刑终437号刑事裁定书;浙江省慈溪市人民法院(2018)浙0282刑初1033号刑事判决书;安徽省淮北市相山区人民法院(2016)皖0603刑初26号刑事判决书;湖北省孝感市孝南区人民法院(2020)鄂0902刑初40号刑事判决书;黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院(2015)香刑初字第581号刑事判决书;河南省周口市川汇区人民法院(2020)豫1602刑初669号刑事判决书;等等。

<sup>②</sup> 参见河北省邯郸市永年区人民法院(2019)冀0408刑初317号刑事判决书;河南省桐柏县人民法院(2018)豫1330刑初513号刑事判决书。

<sup>③</sup> 参见江苏省苏州市相城区人民法院(2019)苏0507刑初348号刑事判决书。

<sup>④</sup> 参见辽宁省沈阳市于洪区人民法院(2019)辽0114刑初151号刑事判决书;河南省睢县人民法院(2018)豫1422刑初24号刑事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见湖南省邵阳市双清区人民法院(2015)双刑初字第7号刑事判决书。

<sup>⑥</sup> 蒋惠岭:《走进法律解释方法,此罪而非彼罪,减轻而非从轻》,载《人民法院报》2001年1月15日,第B02版。

<sup>⑦</sup> 张波:《加重犯构成要件的两个解释方法》,载《检察日报》2009年6月2日,第3版。

<sup>⑧</sup> 张勇:《妨害疫情防控行为的刑法适用之体系解释》,载《政治与法律》2020年第5期,第37页。

<sup>⑨</sup> 值得注意的是,学界还存在将刑法同类解释规则和刑法同类解释原则、刑法同类解释原理等表述混用的情形。陈兴良:《公共安全犯罪的立法思路嬗变:以〈刑法修正案(十一)〉为视角》,载《法学》2021年第1期,第47页;李怀胜:《信息秩序法益视野下网络公共犯罪的完善路径》,载《当代法学》2022年第3期,第129页;劳东燕:《功能主义刑法解释的体系性控制》,载《清华法学》2020年第2期,第39页;江溯:《罪刑法定原则的现代挑战及其应对》,载《政法论丛》2021年第3期,第107页。

于加重犯或加重情节的认定这一逻辑中找到依据。上述认识误区的本质是对刑法同类解释规则的概念、适用范围等缺乏清晰的把握。同类解释规则自其诞生之日起就有相对固定、规范的含义,其适用条件、范围、对象等也比较清晰。不宜将刑法同类解释规则与宽泛意义上的“两两比较”或“同类解释”相混同。这是刑法同类解释规则实践运用的基本认识前提,也是该规则实践运用合理路径构建的逻辑起点。

### (三) 刑法同类解释规则的价值辨正

刑法同类解释规则的轻视、误用、刑法兜底条款的误读及其附随的消极影响,还与刑法同类解释规则作为一种相对独立的解释方法的价值偏位有关。当前,我国学界关于刑法同类解释规则的关注,仅停留于在个罪分析或个案说理时的“附带性”“一笔带过”式表述,并未对该规则进行专门的理论提炼和概括,呈现出十分明显的“碎片化”趋势和“工具化”倾向,甚至演变成一种解释学“符号”,未能形成系统性的研究成果。这一研究范式不仅与刑法同类解释规则本身的重要性和理论需求(我国刑法条文和司法解释文本中存在大量的兜底条款和概括规定)不相匹配,而且会产生诸多隐性或显性弊端。一方面,刑法同类解释规则缺乏作为一种法律解释方法的一般性特征和应有属性,阻碍了刑法同类解释规则作为法律解释方法论的生成,影响了刑法同类解释规则理论研究的深入;另一方面,理论研究的最终归宿是为司法实践提供指导,刑法同类解释规则的真正价值在于司法适用,当前“碎片化”“工具化”的视角,遮蔽了刑法同类解释规则的价值属性,导致该规则无法对司法实践发挥应有作用。

笔者认为,应在“一种相对独立的法律解释方法”这一层面重新架构刑法同类解释规则的研究思路,并完成该规则对刑法理论、司法实务的价值回归。具体而言,刑法同类解释规则至少具有三项功能价值:一是有助于罪刑法定原则的司法实现。刑法兜底条款或概括规定采用的具体列举事项+“‘等’或‘其他’+概括词”的表述方式,具有天然的开放性特征,在司法适用中存在一定不确定性。基于由具体列举事项推断共同特征、由共同特征判定概括事项的含义、由概括事项“反向”规范具体列举事项的含义、由列举事项和概括事项相互制约等内部架构,与其他解释方法相比,运用刑法同类解释规则显然具有更为清晰的指向、更为明确的操作性,有利于进一步明确和固定刑法条文的规范含义,各方主体也更能预测行为的法律后果,进而确保罪刑法定原则在司法层面的实现。二是有助于法律逻辑过程的思维坚守。刑法同类解释规则具体操作中涉及到对已列举事项及其共同特征和概括事项的比较,实质上就是一种类比,是一个逻辑规则的推演过程。同类解释规则通过类比的运作,对逻辑思维进行了充分的彰显,对于推理过程也能起到较好的调控作用,是对法律适用过程中“不讲逻辑”现象的一种补足,最大程度上确保了解释结论的妥当性。三是有助于正当解释结论的法理确证。同类解释规则“通过事先的具体列举来限制概括性字义”<sup>①</sup>是表象,实质上则是为了实现概括事项与已列举事项的“一致”。可以说,同类解释规则无论是逻辑形式、思维模式,还是解释的结论都以符合“同类情况同样处理”为价值目标,该规则也是最能体现同等对待原则乃至正义理念的一项法律解释规则,由此为解释结论的正当性提供了保障。

<sup>①</sup> [美]詹姆斯·安修:《美国宪法解释与判例》,黎建飞译,中国政法大学出版社1999年版,第32页。

### 三、刑法同类解释规则实践运用的合理路径

基于司法裁判中刑法同类解释规则的基本现状、存在的问题及该规则的价值证成,有必要基于司法实务视角,探究刑法同类解释规则在实践运用中的应然路径。

#### (一) 刑法同类解释规则的规范定位

“没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地思考法律问题……没有概念,司法活动就不能得到准确的实施。”<sup>①</sup>因此,刑法同类解释规则在实践中合理运用的前提,是刑法同类解释规则基本概念的规范建构。笔者认为,应在澄清刑法同类解释规则认识误区和充分肯认其功能价值的基础上,从三个方面予以展开:第一,刑法同类解释规则的适用场合应是同一刑法条文内部同类事项之间的比较。从同类解释规则的最初概念来看,它们要么隐含了同一法条内这一限定<sup>②</sup>,要么明确了“同一法律条文中”这一前提。<sup>③</sup>换言之,刑法同类解释规则的适用场合应是同一刑法条文内部同类事项之间的比较。第二,能够从同一刑法条文内部列举的事项中归纳出“同类”要素。有观点指出,同类规则既包括对“等”“其他”概括性词语的解释,也包括对“车辆”“物品”“音像制品”“扰乱法庭秩序”等集合词、种概念的解释,甚至文本中没有出现概括词语,这一规则也同样适用,例如,如果商店禁止顾客带狗入内,则可以解释为顾客也不能带一只熊入内。<sup>④</sup>笔者不赞同这种观点。同类解释规则的适用逻辑是,对于“等”“其他”概括性词语的界定,应与已列举事项保持同类。这就意味着,一方面,“等”“其他”概括性词语之前必须存在列举事项,而不能是不包含列举事项的集合词、种概念;另一方面,必须能从已列举事项中抽取出“同类”,进而为已列举事项和概括事项提供可比较的“媒介”。第三,应将同类解释规则与宽泛意义上的“同类解释”相区分。尽管同类解释规则和“同类解释”都源于“同类情况同等处理”这一朴素的法观念,但同类解释规则有着特定的含义和适用范围,而同类解释的适用范围更广,任何两个相似的事物都能进行“同类解释”。严格坚守刑法同类解释规则的规范含义,是该规则实践运用的前提。

#### (二) 运用刑法同类解释规则的立场应基本一致

上文分析提及,刑法同类解释规则的实践运用中存在的刑法同类解释规则的轻视等问题及其带来的负价值,其背后则是不同解释主体解释立场的差异。这种立场的差异,主要表现在两个方面:一是在面对需要或者适合运用刑法同类解释规则的个案时,控辩双方、辩护人和法院、法院和检察机关及法院和法院之间存在“用不用”刑法同类解释规则的差异。从司法判例情况来看,刑法同类解释规则已经成为辩护人论证其无罪、罪轻意见的有力工具,但有的法院对刑法同类解释规则持保守态度,认为“在立法机关没有明确规定或者最高司法机关没有作出具体解释之前,堵截性条款

① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第504-509页。

② 无论是“在列举数项特定的人或物之后,紧接着采用了一个总括性表述的单词或短语”,还是“在列举了几个情况之后跟着一个总括词语”,都隐含了同一个法律条文内部这一前提条件。

③ 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第264页。

④ 致远:《文义解释法的具体应用规则》,载《法律适用》2001年第9期,第12页。

一般不轻易适用。”<sup>①</sup>在上下级法院之间,也会存在不同的立场。如在关于能否将出卖亲生子女行为认定为司法解释中的兜底条款时<sup>②</sup>,一审、二审法院就出现了不同意见。<sup>③</sup>而在检法之间,这种“用不用”的问题似乎更为明显。笔者收集梳理的73份涉刑法同类解释规则运用的司法判例中,有30个系法院运用同类解释规则对被告人作了“出罪”或从轻处罚,其中29例均是对公诉机关指控罪名、事实或量刑情节的调整变更。二是在达成需要运用刑法同类解释规则的前提下,关于刑法同类解释规则中“同类”的判断标准即“怎么用”出现较大差异,这是刑法解释立场问题的延伸。如上文所述,对于大多数需要或者适合运用刑法同类解释规则的司法类案,辩护人都会基于刑法同类解释规则提出辩护意见,但法院与辩护人之间、法院与法院之间也会得出不同的认定结论。甚至在有的案件中,法院和辩护人之间、不同法院之间均认可适用刑法同类解释规则,但在共同遵循刑法同类解释规则的情况下,依然得出了完全不同的结论。由此可见,控辩之间、辩护人与法院之间、法院与检察机关之间、法院与法院之间关于刑法同类解释规则运用立场上的差异,是刑法同类解释规则实践运用的巨大障碍。

笔者认为,寻求各解释主体关于刑法同类解释规则运用立场的一致,是破解该规则实践运用问题的重要方法。这种“一致”体现为两点:一是各解释主体特别是检法两家在分析具体个案时应积极主动运用刑法同类解释规则,把该规则作为解释刑法、司法解释和司法政策性文件中兜底条款和概括规定的工具之一。二是构建刑法同类解释规则“同类”的司法判断标准。理论界关于刑法同类解释规则的“同类”标准,形成了多种版本,还有学者对刑法同类解释规则可能存在的局限性作了分析,提出用目的解释进行补足<sup>④</sup>。但也应当看出,我国学界关于刑法同类解释规则“同类”的判断标准,并未形成具有说服力的观点,因而整体上也无法为司法机关提供指引。据此而言,司法实践中关于刑法同类解释规则“同类”判断标准的构建,应更多依赖于“两高”发布的司法解释、司法政策性文件或指导性案例等途径。一方面,充分发挥指导性案例的示范引领作用,在发布的指导性案例中,选取刑法同类解释规则运用的典型样本。笔者注意到,最高人民法院发布的指导案例97号即“王力军非法经营再审改判无罪案”就涉及刑法同类解释规则的适用问题<sup>⑤</sup>,虽然该案提出的非法经营罪兜底条款的认定应与列举事项具有“相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性”这一判断规则仍具有一定模糊性,但这是对刑法同类解释规则的一次“官方”确认(虽然是隐性运用),对于刑法同类解释规则的实践运用具有积极影响。另一方面,“两高”在制定颁布具体应用刑法条文兜底条款、概括规定的司法解释或司法政策性文件,或者在司法解释和司法政策性文件中创设兜底条款或概括规定时,应充分考虑具体列举情形与兜底条款或概括规定之间是否符合刑法同类解释规则的要求。

① 参见贵州省凯里市中级人民法院(2014)凯刑初字第46号刑事判决书。

② 2010年3月15日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》(法发〔2010〕7号)第17条。

③ 参见四川省成都市武侯区人民法院(2019)川0107刑初1000号刑事判决书;四川省成都市中级人民法院(2020)川01刑终126号刑事判决书。

④ 李军:《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》,载《环球法律评论》2019年第4期,第116页。

⑤ 《最高人民法院关于发布第19批指导性案例的通知》,载《人民法院报》2018年12月20日,第3版。

### (三) 增强运用刑法同类解释规则的裁判说理能力

裁判文书是记载裁判结果的载体,也是裁判说理的最合法、最恰当场所。近年来,我国高度重视裁判文书说理工作,2011年以后,“两高”先后颁布了多个关于加强文书说理工作的意见或通知,对裁判文书说理工作予以部署。广东、浙江、湖南等地方司法机关也出台了相关意见。理论界关于裁判文书说理也进行了充分的研究,形成了颇为丰富的成果。<sup>①</sup>可以说,加强裁判文书说理已经成为法律共同体的共识。但是,从实际情况来看,裁判文书说理工作仍存在很大不足。以笔者收集梳理的73份裁判文书来看,不少裁判文书说理不充分,只是简单重复了涉案客观行为和我国《刑法》关于具体罪名的表述,既不具有针对性,也无法论证为什么涉案行为能够被认定为犯罪,对于辩护人的意见,也往往以“……辩护意见,本院不予采纳”进行回应<sup>②</sup>,或者虽然认同辩护人的表述,但依然走向了不同的结论。<sup>③</sup>刑法同类解释规则的实践运用,需要司法机关加强针对性说理,主要包括两个方面:第一,司法机关在定罪量刑时,凡是涉及到刑法条文或司法解释、司法政策性文件中兜底条款、概括规定的适用,需要围绕具体个案行为与刑法条文或司法解释中列举的事项之间是否具有相当性、同质性进行论证,进而得出能否将具体个案行为纳入兜底条款、概括规定中的解释结论,这主要是依托于刑事裁判文书这一载体得以实现。第二,在刑事判决之外的其他场域,凡是涉及到刑法条文或司法解释、司法政策性文件中兜底条款、概括规定的适用,应运用刑法同类解释规则予以说理。除了刑事裁判文书,“两高”相关部门负责人撰写的关于司法解释和司法政策性文件的理解与适用文献、“两高”发布的指导性案例的“裁判要点”也是说理的重要场域。与刑事裁判文书相比,“两高”相关部门负责人撰写的关于司法解释或司法政策性文件的理解与适用文献和“两高”发布的指导性案例对司法人员而言具有更加直观的约束力,在这两个场域加强刑法同类解释规则的应用性说理,对于司法人员的定罪量刑活动无疑具有十分重要的指引意义。

### (四) 防止对理论通说观点的过度背离

虽然无论是学界还是司法实务界都在一直提倡理论指导实践或者理论与实践相结合,但理论与实践的差异天然存在,这是由它们各自的属性不同所决定的。刑法理论研究主要针对的是刑法解释,而制定法的解释实际上根本不只是法律的解释,而是一种在法律与具体事实之间目光往返来回的过程。<sup>④</sup>这也决定了理论研究无法脱离具体案件事实,刑法理论与刑法实务应在最大程度上实现融合。司法机关及时关注最新理论研究情况,将具有通识性的研究成果“为我所用”,这是实现理论与实务融合的重要途径。应当看到,我国学界关于同类解释规则或刑法同类解释规则的研究,尚未形成令人信服的通说观点,指导性案例关于非法经营罪兜底条款认定中所提出的“相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性”标准,更多是犯罪特征(“三性”)的重复,实际上并不具有“指导性”。就此而言,寄希望于刑事司法实务遵守一个通行的“同类”标准并不现实。更为务实的做法

<sup>①</sup> 笔者在中国知网中,搜索篇名包括“文书”+“说理”的学术文献(截止到2022年11月),共检索出380余篇。

<sup>②</sup> 参见河南省商水县人民法院(2020)豫1623刑初49号刑事判决书;湖南省龙山县人民法院(2021)湘3130刑初105号刑事判决书。

<sup>③</sup> 参见河北省迁西县人民法院(2019)冀0227刑初263号刑事判决书。

<sup>④</sup> [德]亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,我国台湾地区新学林出版股份有限公司1999年版,第95页。

是,司法机关在面对刑法条文、司法解释或司法政策性文件中的兜底条款和概括规定时,根据该具体条款理论研究成果,结合个案实际予以判定。值得注意的是,如果学界关于某个兜底条款或概括规定的观点存在较大分歧或者本身就作扩大化理解,司法机关也无法从中汲取“营养”。比如,关于对我国《刑法》第 276 条破坏生产经营罪中“以其他方法破坏生产经营”的理解,虽然学界各方都提出遵循刑法同类解释规则,但却形成了“其他方法”与毁坏机器设备、残害耕畜物理层面“同类”和实质层面(规范保护目的)“同类”两种截然不同的观点。显然,这些观点都无法为司法机关提供指引。

但是,学界关于有些刑法条文、司法解释或司法政策性文件中的兜底条款或概括规定形成的一致性意见,司法机关应予以充分考虑。以以危险方法危害公共安全罪为例,相较于“其他危险方法”与放火、决水、爆炸、投放危险物质同质性、相当性这一抽象论述,近年来的理论研究形成了“一旦发生就无法立即控制结果,行为终了后结果范围还会扩大”<sup>①</sup>“‘一次性’地危及到不特定多数人的生命、健康安全或者重大公私财产的安全”<sup>②</sup>等更为精细化、更具可操作性的观点。换言之,以危险方法危害公共安全罪中的“危险方法”应具有瞬间扩散性、蔓延性、不可控性等特质。这也是运用刑法同类解释规则对以危险方法危害公共安全罪进行解释时应当坚持的标准和界限。但遗憾的是,除了个别案件在裁判说理时基本认可了这一观点<sup>③</sup>,绝大多数以危险方法危害公共安全罪司法判例并未遵循这一观点。应当看到,司法实践中对以危险方法危害公共安全罪的认定呈现出来的恣意扩张并非个案,而是一种普遍趋势。<sup>④</sup> 据此而言,刑法同类解释规则的实践运用,也应该充分考虑学界通说观点,从最新理论研究成果中汲取“营养”,确保司法判决经得起公正性、合理性及前后一致性的考验。

#### 四、结语

刑法同类解释规则是准确理解兜底条款和概括规定的重要解释方法。虽然学界关于刑法同类解释规则的研究已经形成了一些理论成果,但总体而言不够深入,主要原因在于缺乏对司法实务的关涉,呈现出从理论到理论的逻辑进路。特别是关于刑法同类解释规则的实践运用情况,几乎无人涉及。这就导致,一方面理论研究不具有实践指向性,实践中存在的亟待解决的“真问题”得不到理论回应,另一方面,缺乏了司法实践中的“真材料”,理论研究也不可能走向深入。如果不对理论与实务的这种关系进行必要调和,二者极有可能“渐行渐远”。作为一项较为广泛地存在于刑法学研究文献中的通识性概念,刑法同类解释规则在司法实践中是否具有真实的运用空间,需要依托司法裁判这一载体进行深入细致的检视,进而为近距离观察分析理论与实务的相互关系提供一个更具说服力的视角。刑法同类解释规则在司法裁判中的运用情况,以及在具体运用中可能存在的问题,既是修正司法实践做法的直接动因,也是丰富刑法同类解释规则理论体系、拓展理论研究视域的坚

① 张明楷:《高空抛物案的刑法学分析》,载《法学评论》2020年第3期,第22页。

② 陆诗忠:《论“以危险方法危害公共安全罪”中的“危险方法”》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第5期,第64页。

③ 参见广东省深圳市龙华区人民法院(2018)粤0309刑初591号刑事判决书;广东省东莞市第二人民法院(2017)粤1972刑初2436号刑事判决书。

④ 俞小海:《高空抛物犯罪的实践反思与司法判断规则》,载《法学》2021年第12期,第83页。

实素材。笔者秉持从实务中来到实务中去的总体思路,从司法判例中发现问题、提炼问题,带着问题反思理论、修正理论,用修正后的理论回归司法实务,以为实现刑法同类解释规则理论研究和实践运用的贯通作出一次尝试。■

## Reflection and Reconstruction of the Application of the Ejusdem Generis Rules of Criminal Law in Judicial Judgment

*YU Xiao-hai*

(Institute of Legal Methods, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** The ejusdem generis rules of criminal law is an important interpretation method to accurately understand the miscellaneous provision and general stipulation of criminal law. Whether the rule has vitality depends largely on the acceptance, recognition and application of the theory in judicial practice. The specific application objects of the ejusdem generis rules of criminal law in judicial adjudication are mainly the general stipulation in criminal law, which can be further subdivided into four types: the miscellaneous provision or general stipulation in criminal law, the miscellaneous provision in legislative interpretation, the miscellaneous provision or general stipulation in judicial interpretation and the general stipulation in criminal law + the general stipulation (miscellaneous provision) in judicial interpretation. The ejusdem generis rules of criminal law have played an important methodological role in decriminalization or giving a lighter punishment, but there are also problems such as misuse and contempt of rules, misreading of miscellaneous provisions, etc. Improper application of the ejusdem generis rules of criminal law will produce negative values, such as the expansion of conviction level, the imbalance of sentencing level, and different judgments in the same case. The root of this lies in the misunderstanding of the ejusdem generis rules of criminal law and the value deviation of this rule as a method of legal interpretation. The reasonable path of the practical application of the ejusdem generis rules of criminal law should be reconstructed from four aspects: the normative positioning of the ejusdem generis rules of criminal law, the consistent position of the application of the rules, the enhancement of the judicial reasoning ability of the application of the rules, and the prevention of excessive deviation from the general view of theory.

**Key Words:** judicial decisions; the ejusdem generis rules of criminal law; miscellaneous provision; general stipulation; practical application

本文责任编辑:李晓锋

青年学术编辑:张永强