

# 口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路

于志刚

---

**摘要** 口袋罪是一个法律概念也是一个历史概念，从罪刑擅断时期到罪刑法定时期，口袋罪的演变映射出其时代背景和特征；作为一种司法现象，中国当前的罪名“口袋化”现象日益严重，“口袋化”的罪名既有历史遗留，也有新生罪名，呈现出司法乱象，甚至出现了口袋罪之间的罪名选用竞争。罪名“口袋化”现象不是中国的独有现象，但是，它已经成为影响中国法治进程的一种不良司法现象。不同的法律传统和司法氛围会催生不同的口袋罪，但控制和消减口袋罪是中西方法学界的共识，消减口袋罪的中国思路，应当包括立法和司法两个侧面的并重和兼顾。

**关键词** 口袋罪 罪刑法定 兜底条款 罪名体系

作者于志刚，法学博士，中国政法大学刑事司法学院教授。

---

1979年刑法颁布后，学界发现流氓罪、投机倒把罪等罪名存在着立法界定不清、司法适用混乱等问题，口袋罪这一形象表述随之被提出，成为一个刑法学术语。应当说，口袋罪这一术语自诞生以来就是作为贬义词的，被视为有违刑法明确性原则的典型而受到学界和民众的一致批判。因此，口袋罪的废除和消减成为1997年刑法修订的重要任务之一，也被称为修订刑法的巨大进步。

从现行刑法颁布至今，16年过去了，审视当前的中国司法，令人遗憾的是，曾经被消解的传统三大口袋罪<sup>①</sup>依然发挥着“余热”，时代变迁、社会发展又催生了新的口袋罪。罪名“口袋化”已经成为妨碍中国法治化进程的一种司法现象。

## 一、口袋罪的历史溯源和罪名转换：从罪刑擅断主义到罪刑法定主义

类似口袋罪的罪名设置古已有之，可以直接追溯到古代中国最早的成文法，只不过没有被称为口袋罪而已。

---

\* 本文系2012年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“信息时代网络法律体系的整体建构研究”（项目号：12JZD039）的阶段性成果。

① 1997年刑法修正之前理论界公认的三大口袋罪，分别是流氓罪、投机倒把罪和玩忽职守罪。

### (一) 罪刑擅断时期：比附援引和绝对兜底性罪名下的口袋罪

封建时期的刑法秉承的是罪刑擅断主义，为了保障刑法对于民众行为的有效规范，达到“以刑驭民”的目的，中国古代刑法往往通过比附援引制度和口袋罪的设置，使民众处于疏而不漏的法网之中。

1. 古代刑法中比附援引和兜底性罪名的传统。中国古代刑法一直存在类似类推制度的比附援引传统，《秦律》中就有比附。根据《睡虎地秦墓竹简》的记载，《秦律》条文中已经出现“比”、“廷行事”等参照其他法律条文或者已有的判例的规则。<sup>②</sup>到了汉代，比附援引规则开始由零散的条文逐步制度化，《汉书·刑法志》高帝诏：“狱疑者，廷尉不能决，谨具奏附所当比律令以闻。”<sup>③</sup>隋朝起，更见“断罪无正条，用比附加减”之律，发展到唐宋时期的“举重以明轻，举轻以明重”，再到明清时期的“比附援引”的系统化和法律化。<sup>④</sup>通过比附援引制度，不仅可以较容易地解决刑法未作明文规定的行为的人罪问题，还可以解决量刑问题。

为了进一步拓宽刑法的制裁范围，中国古代刑法在罪名体系上还设立了许多兜底性罪名，最为典型的是“不应得为罪”，将所有法律未作规定，但是司法机关认为不合理的行为都纳入到此罪名的制裁范围下。不应得为罪属于绝对的口袋罪，可以将任何性质和类别的行为，都纳入到该罪名的适用范围之内，是整部刑法的兜底性罪名。“不应得为罪”从唐代开始确立，随后被历代封建刑法所采纳。例如，《唐律·杂律》不应得为条规定：“诸不应得为而为之者，笞四十（谓律、令无条，理不可为者）。事理重者，杖八十。”<sup>⑤</sup>《明律集解》纂注：“凡理之所不可为者，谓之不应为，从而为之，是亦罪也。”<sup>⑥</sup>《大清律例通考》卷三十四：“凡不应得为而为之者，笞四十，事理重者，杖八十（律无罪名，所犯事有轻重，各示情而坐之）。 ”<sup>⑦</sup>

2. 罪刑擅断主义下口袋罪泛滥的必然性<sup>⑧</sup>。比附援引制度和绝对口袋罪，必然造成口袋罪适用上的泛滥。一方面，受限于当时的立法技术，古代刑法条文大多粗略，比附援引制度的存在，使得大量本不属于刑法规定的行为都被纳入到个别的罪名之下，例如，古代的“不敬”、“谋反”等罪，以现代视角来审视显然都属于明显的口袋罪罪名。另一方面，以“不应得为罪”为代表的绝对口袋罪，几乎将全部行为都可以纳入到刑法的单一罪名之下，民众对于此类罪名几乎不具有预测性，由此使成文法的进步性大打折扣，几近重新回归到“法不可知、威不可测”这样的无成文法的

<sup>②</sup> 参见黄春燕：《传统中国法比附援引的源与流》，《法学杂志》2012年第5期，第43页。

<sup>③</sup> 沈家本提出以此处《汉书·刑法志》的规定为标志，汉代应为比附援引制度之始，参见沈家本：《修订法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》，收录于沈云龙主编：《近代中国史料丛刊续编第八十一辑》，文海出版社1996年版，第848页。但是当时《睡虎地秦墓竹简》尚未出土，沈家本对秦律的条文没有充足的史料予以考察，难免有所局限。根据现有出土文献，笔者认为从战国时期开始，成文法中的比附援引制度实际上与成文法基本同步出现。

<sup>④</sup> 参见陈新宇：《我国刑法史上的比附援引与罪刑法定之争——以沈家本对比附态度之转折为中心》，陈兴良主编：《刑事法评论（第17卷）》，中国政法大学出版社2005年版，第353-355页。

<sup>⑤</sup> 转引自陈兴良：《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119页。

<sup>⑥</sup> 转引自甘露：《从一个判例看中国古代的“不应得为”罪》，《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2004年第2期，第57页。

<sup>⑦</sup> 转引自马建石、杨育棠：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第111页。

<sup>⑧</sup> 罪刑擅断时期口袋罪的泛滥并不是中国古代刑法所独有，西方国家在罪刑擅断期间也随意设置了许多口袋罪罪名，例如罗马帝国后期，针对越来越多的非致死性的伤害和斗殴行为，罗马颁布法令，规定了殴打罪作为兜底罪名，将所有引起他人身体损伤的行为纳入到殴打罪的制裁范围。See Andrew Borkowski, Paul J. Du Plessis, *Textbook on Roman Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 90.

时代。

## （二）相对罪刑法定时期：类推解释和立法粗略下的口袋罪

作为新中国第一部刑法典，1979 年刑法没有规定罪刑法定原则，保留了类推解释制度，同时秉承了“宜粗不宜细”的立法理念。从 1979 年刑法颁行到 1997 年刑法修订，中国处于相对的罪刑法定时期。在这一阶段，类推解释的滥用和粗略的立法催生了第一代口袋罪罪名。

1. 立法上“放纵”了口袋罪的出现。1979 年刑法颁行之后，人们针对刑法中部分内容庞杂、模糊的罪名提出了批评质疑，戏称“流氓罪（投机倒把罪）是个筐，什么都能往里装”，进而出现了口袋罪这一形象说法，并被学界普遍接受和采纳。<sup>⑨</sup> 关于 1979 年刑法中口袋罪罪名的范围，一般认为主要包括流氓罪、投机倒把罪和玩忽职守罪，由于三个罪名包括的内容太多或者是内容不特定，导致相关行为都可以装进去。<sup>⑩</sup>

口袋罪的产生，与当时的立法理念有直接关系。1979 年刑法制定之初，立法者担心立法疏漏会造成打击犯罪不力，主要考虑的是如何满足惩治犯罪的需要，而很少考虑副作用，因此起草条文时提出了“宜粗不宜细”的原则。<sup>⑪</sup> 同时，当时缺乏立法经验亦是原因之一，例如，投机倒把罪就是直接将苏联的投机罪移植过来的，本身又未作任何说明，造成了适用中的随意化。随着时代的发展和罪刑法定原则深入人心，立法机关认识到是 1979 年刑事立法的缺陷催生了口袋罪的出现，直接将口袋罪的消除作为 1997 年刑法修订的重要任务之一，时任全国人大副委员长王汉斌在《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》中提出：“……制定刑法时对有些犯罪行为具体分析研究不够，规定得不够具体，不好操作，或者执行时随意性较大，如渎职罪、流氓罪、投机倒把罪三个‘口袋’，规定得都比较笼统……。”<sup>⑫</sup>

2. 司法上滥用类推解释推动了口袋罪的形成。1979 年刑法第 79 条规定了在法无明文规定时，可以适用类推，但是应当报请最高人民法院核准。伴随着 20 世纪 80 年代中国改革开放进程的加快，刑法条文粗略引发的“疏而不密”后果和整体罪名体系的滞后性日益明显。对此，各级司法机关可以通过类推制度，报请最高人民法院，对于刑法没有明确规定的、具有严重社会危害性的行为予以制裁。但是，从 1980 年到 1996 年 6 月，经最高人民法院核准的类推案件只有 72 件，而且多是轻微刑事案件，绝大多数是妨害婚姻家庭案和侵占财产案。<sup>⑬</sup> 通常的情况是，各级司法机关随着自由裁量权和解释刑法条文，反映了当时司法机关的司法随意性，也体现了不重视层报和核准程序的司法懒惰性。从某种程度上说，类推制度的存在对于司法机关造成一种暗示，即类推解释是合理的，类推解释是法律所允许的，因此，司法实践中对于刑法条文的解释逐渐呈现出随意化，各地各级司法机关往往是“行类推解释之实”但却不“借类推解释之名”，充分利用了 1979 年刑法中流氓罪、投机倒把罪等犯罪条款的粗略和模糊，将许多行为解释到上述罪名的制裁范围之内，逐渐推动这些罪名成为人所共知的口袋罪。

<sup>⑨</sup> 参见高铭喧、赵秉志：《新中国刑法学研究 60 周年》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 175 页。

<sup>⑩</sup> 参见赵长青：《略论刑法分则的立法改革》，《中外法学》1997 年第 1 期，第 74 页。

<sup>⑪</sup> 参见刘金林：《口袋罪变迁见证法治进程》，载《检察日报》，2008 年 5 月 9 日。

<sup>⑫</sup> 王汉斌：《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》，《人大工作通讯》1997 年第 71 期，第 38 页。

<sup>⑬</sup> 参见熊选国：《刑法修订与司法适用》，《法律适用》1997 年第 5 期，第 3 页。

### (三) 罪刑法定原则确立时期：传统遗留和转化下的新生口袋罪

1997年刑法明确规定了罪刑法定原则，废止了类推制度，同时废除、分解了1979年刑法中备受批评的口袋罪罪名。但是，刑法修订过程中立法者试图消除的口袋罪，依稀在现行刑法中仍然能够寻找到它们的影子，颇有“阴魂不散”之感。同时，社会背景的变化和司法理念的滞后，导致其他一些罪名也呈现出了“口袋化”的倾向。

1. 传统口袋罪的分解和遗留。1997修订刑法时在废除了三个口袋罪的同时，为了确保刑法规范能保证一定的普适性，满足制裁新生犯罪的需要，依然设置了一些弹性条款，最为典型的就是非法经营罪。正如有学者指出，“如果对某些罪状规定的过于确定、具体而毫无弹性，对各种犯罪行为又难以尽列无遗，特别是在经济犯罪形态发展变化较快的经济变革时期，倘若有的条款一点‘口袋’都不留，可能不利于及时打击花样翻新的经济犯罪，也不利于刑法典的相对稳定，因此有限制地设置一点‘其他’之类的拾遗补漏条款还是必要的。”<sup>⑭</sup>

非法经营罪和寻衅滋事罪本来是为分解传统的投机倒把罪、流氓罪罪名，减少罪名的口袋化现象而出现的，然而，两罪预留的弹性条款和与生俱来的口袋化倾向，导致“旧的口袋罪虽然消失了，但新的口袋罪又产生了；大的口袋罪虽然没有了，小的口袋罪却仍然存在。”<sup>⑮</sup>无法否定的是，10余年来两罪的“口袋化”正在增大，俨然成为1979年刑法中投机倒把罪和流氓罪的衣钵继承人，实现了“瘦身”之后的成功转型，成为了新时期经济领域和社会治安领域的口袋罪。玩忽职守罪的分解虽然明显，但是，分解后的玩忽职守罪仍然是一个说不清大小的“口袋”，毫无疑问仍然是一个口袋罪。<sup>⑯</sup>

2. 普通罪名转化为新生口袋罪。1997年刑法秉承罪刑法定原则，立法力求明确性，防止司法机关滥权。当然，任何明确性都是相对的，成文法条文必然要具有一定的抽象性和概括性来满足刑法规范的普适性。但是，恰恰是这一点点空间，成为新生口袋罪滋生的土壤或者说温床。一般来说，对于刑法条文少许的抽象性和概括性，只要司法机关严格遵循罪刑法定原则，就可以避免被无限地扩大解释，能够保证罪名的相对明确性。然而，目前司法观念、司法环境等方面的缺憾，导致司法机关在定罪量刑时往往受政策因素、社会效果因素的影响，无视罪名打击半径的固定长度，对于某些行为进行扩大解释甚至类推解释来满足定罪量刑的需求，直接推动了一些普通罪名进入口袋罪的行列：以危险方法危害公共安全罪，组织、领导、参加黑社会性质组织罪和破坏计算机信息系统罪。

## 二、当前口袋罪的罪名考察和类型结构

1997年刑法颁行之后，罪刑法定的理念日渐深入人心。对于罪刑法定原则的最大冲击，就是

<sup>⑭</sup> 陈泽宪：《非法经营罪若干问题研究》，《人民检察》2000年第2期，第22页。

<sup>⑮</sup> 刘仁文：《解决口袋罪立法司法须并进》，载《检察日报》，2008年5月10日。

<sup>⑯</sup> 应当说明的是，玩忽职守罪在1997年刑法修订之时，虽然被分解为几十个罪名，但是，留下的“玩忽职守罪”仍然是一个筐，可以将所有引发严重后果的职务行为装入其内。但是，由于它是职务犯罪的口袋罪，不涉及普通社会公众，因此，在本文内不再予以探讨。

罪名“口袋化”现象的“死灰复燃”。

### （一）传统口袋罪的历史遗留：非法经营罪、寻衅滋事罪

作为投机倒把罪和流氓罪被分解之后留下的“小尾巴”，非法经营罪和寻衅滋事罪成为新的口袋罪似乎具有“先天”优势。

1. 历史遗留之一：非法经营罪。随着时代的发展，刑法关注的法益也随之变化，从“投机倒把罪”到“非法经营罪”，体现了刑法关注从禁止市场行为到维护市场秩序的转变。

第一层次的“口袋化”：打击半径的伸长。较之“投机倒把罪”，非法经营罪在制裁范围和罪状明确性上都有了进步，但是，刑法第225条的“违反国家规定”的空白罪状规定和第（四）项的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”兜底性条款相结合，使它的罪状仍然具有高度抽象性，预留了“口袋化”的空间和可能。现实亦是如此，通过不断追加司法解释，“非法买卖外汇行为”、“从事非法出版行为”、“非法经营证券、期货或者保险业务行为”、“非法经营电信业务行为”、“非法传销行为”、“非法生产、销售‘瘦肉精’行为”、“哄抬物价、牟取暴利行为”、“非法发行、销售彩票行为”、“非法从事网络经营活动行为”都相继被纳入了非法经营罪的制裁范围，它的扩张过程与过去投机倒把罪在实践中被不断扩大的情形颇为相似。<sup>①⑦</sup>

作为维护市场经济秩序的兜底性罪名，非法经营罪如果只是将刑法没有明确列举的犯罪行为纳入打击半径，就仍然是在刑法条文预留的空间内进行解释，有一定的“口袋化”倾向，但仍然可以被视为保障刑法普适性和条文明确性之间的折衷，客观上仍然是合理的。然而，伴随着经济违规行为的增多，层出不穷的危害性行为开始被解释入非法经营罪的打击半径，一些行为超出了它的罪状所能容纳的范围。司法机关为了保证“有恶能罚”，不满足于非法经营罪条文的字面意思，通过司法解释和滥用司法自由裁量权，打破了非法经营罪罪名的映射范围，将有些并不属于非法经营行为但属于社会经济领域的违规行为都纳入到非法经营罪的制裁下，具有代表性的案件，包括上海的“高利贷非法经营案”，新疆的“黑开发商案”；北京的“倒卖奥运门票案”、“买卖人体器官案”、“买卖人骨案”、“擅自制作网络游戏外挂并出售牟利案”、“超越经营范围销售神龙数码卡案”，等等。<sup>①⑧</sup>由此，非法经营罪的适用范围扩展到社会经济领域的各个方面，成为司法机关解决该领域具有社会危害性但是刑法没有明确罪名制裁的标准司法选择。

第二层次的“口袋化”：可以替代多数经济犯罪的罪名。分析刑法典分则第3章破坏社会主义市场经济秩序罪的结构，可以发现前7节的每一节，都是因同类客体比较清楚、一致而形成的犯罪群，而第8节“扰乱市场秩序罪”，实际上是不属于前7节的“破坏社会主义市场经济秩序”的其他罪名的集合。因此，第8节“扰乱市场秩序罪”本身是第3章破坏社会主义市场经济秩序罪的一个兜底“筐”。非法经营罪作为“筐”中之“筐”，实际上是所有破坏市场秩序的兜底性罪名，因而导致诸多的犯罪行为在触犯其他特定罪名的同时，都触犯了非法经营罪这样一个“万能胶”型的兜底式罪名。此种背景下，在大量的经济犯罪案件之中，都会涉及到具体罪名和非法经营罪的关系问题，而一旦案件涉及的具体罪名法定刑偏低，立即会转而选用非法经营罪。由此，非法经营罪实现

<sup>①⑦</sup> 参见注⑮。

<sup>①⑧</sup> 参见高翼飞：《从扩张走向变异：非法经营罪如何摆脱口袋罪的宿命》，《政治与法律》2012年第3期，第37页。

了作为口袋罪的第二次扩张。

2. 历史遗留之二：寻衅滋事罪。1979年刑法中的流氓罪备受谴责，因为它在某种程度上变成了“违背道德罪”，适用范围无限地扩张。1997年流氓罪随着刑法逐渐淡出道德理念的领域而被废除，它的“余热”之一“寻衅滋事罪”也仅关注社会公共治安领域，罪名的覆盖范围有了明显缩减，罪状描述上也采用了较为明确的列举式，没有设置兜底性条款。然而，没有兜底性条款也可以成为口袋罪：寻衅滋事罪列举的行为方式多样化，导致它再次被司法机关锁定，接过了它的“父辈”罪名“流氓罪”的接力棒，实现了自身的“口袋化”。

寻衅滋事罪口袋化过程中体现出的司法意图有二：（1）实现“有罪必罚”。它被大量地运用在破坏社会秩序的严重违法行为上，适用范围被不断扩大，最终异化和突破了条文的字面意思，用于处罚社会治安领域内没有明确罪名处罚的几乎所有行为。2011年《刑法修正案（八）》又将“恐吓他人”的行为纳入寻衅滋事罪之中，可以预见它的范围今后还会膨胀。（2）实现“无恶亦罚”。所谓“无恶亦罚”，是指行为本身的危害性尚未上升到犯罪的程度，但是，司法机关由于迫于公众压力或追求社会效果等因素的影响，将本应属于违反治安管理处罚法的行政违法行为升格为犯罪。比较典型的是，刑法第293条寻衅滋事罪第1项的“随意殴打他人、情节恶劣的”行为，由于没有限定殴打的严重程度，而“随意”一词更被司法机关进行“随意”解释，忽略了寻衅滋事罪所要求的“破坏社会秩序”要求。以2010年发生的方舟子遇袭事件为例，方舟子揭发肖某学术造假事件，肖某指使两名男子持钢管、铁锤和喷射防卫器对方舟子实施殴打，经鉴定方舟子构成轻微伤，最后肖某和两名实施者以寻衅滋事罪被定罪。<sup>①</sup>应当指出，“基于个人恩怨、经过共同谋划并直接伤害某个事先选定的受害人的案件，显然属于侵害特定公民人身权利的性质，与旨在保护社会公共秩序的寻衅滋事，存在着显而易见的差异。”<sup>②</sup>但是，本案最终是“被”符合了寻衅滋事罪的罪状特征，背后的缘由在于：社会公众对于本案高度关注，社会反响强烈，司法机关面临着定罪压力以满足公众朴素的正义感，显然，如果方舟子构成轻伤符合故意伤害罪的人罪标准，一切问题会迎刃而解；但是，恰恰方舟子的伤情是“轻微伤”，司法机关只好将目光转向寻衅滋事罪。此案的关键在于，如果被害人不是“名人”，社会公众和媒体就不会如此关注，案件最终只会作为一般违法案件处理。此类案件中，司法机关追求社会效果的需求压倒了对罪刑法定原则的坚守。类似的案例还有，温州幼儿园女教师以提儿童耳朵的方式恶作剧，引起了社会的广泛谴责，侦查机关同样在第一时间选择以涉嫌寻衅滋事罪予以刑事拘留。<sup>③</sup>

## （二）风险社会的新生口袋罪：以危险方法危害公共安全罪

近年来公共交通、食品安全等领域的恶性案件频发，每一个案件爆发的背后都有强大的严厉追责的民意要求。为了回应民意，以危险方法危害公共安全罪出乎意料地演变成成为口袋罪，“从道路交通秩序领域到市场经济秩序领域、公民个人权利领域、社会管理秩序领域，以危险方法危害公共安全罪的触角已经越伸越长。”<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 参见彭戈：《方舟子遇袭案：仇恨将结事未了》，载《中国经营报》，2010年10月9日。

<sup>②</sup> 游伟：《“寻衅滋事”不应成为口袋罪》，载《东方早报》，2010年10月13日。

<sup>③</sup> 参见陈东升、王春：《浙江温州虐童案嫌疑人被报请批准逮捕》，载《法制日报》，2012年10月29日。

<sup>④</sup> 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5期，第71页。

1. 第一层次的“口袋化”：追求“定罪”以显示谴责态度。现行刑法第114条、第115条的以危险方法危害公共安全罪属于兜底性罪名，但是，它只是指向类似于放火、决水、爆炸、投放危险物质等危险方法行为的兜底性罪名，也就是说，行为的危害性应当与放火、爆炸等行为具有相当性，同时要满足危险的高可感知性、危险的高密度性、危险的难控性、危险的瞬时性，因此，它的适用范围原本较小，过去的适用频率也较低，没有引发人们将它予以“口袋化”的冲动。

但是，由于这一罪名之中有“危害公共安全”这一表述，导致这一罪名的适用对于公众而言具有较强的感官满足，能在定罪上体现出格外严厉的谴责力度，似乎能够满足公众严厉追责的心理期待，因此，在整个“危害公共安全罪”一章的罪名之中，如果在某个影响恶劣的案件之中司法机关选择“危害公共安全罪”一章中的某个具体罪名定性，一般难以平息公众的愤怒，而选择以危险方法“危害公共安全”罪定性，往往能够让公众感到愿望得以满足。这一定性倾向甚至发展到了“过失以危险方法危害公共安全罪”：同样的危险物品肇事案件，定性为“危险物品肇事罪”，公众不是太理解；而定性为“过失以危险方法危害公共安全罪”就会被广泛接受。同时，由于“危险方法”是个学理概念，司法机关对于“危险方法”的解释日益宽泛，无视它在行为方式上应当具有与放火、爆炸等行为相类似的危险性，“危险方法”本身几乎没有了边界，是否是危险方法，完全取决于案件后果的严重程度。在此种背景下，以危险方法危害公共安全罪的适用范围快速地扩大，已经由原本的放火罪、爆炸罪等犯罪方法的兜底性罪名，扩张为整个刑法典分则第二章“危害公共安全罪”的兜底性罪名，只要危害后果比较严重，无论行为方式如何都会被解释为“其他危险方法”。客观地讲，司法实践中对于以危险方法危害公共安全罪中“其他危险方法”的扩大化已经到了近似荒唐的地步，甚至将饲养狼狗的行为也认定为属于“其他危险方法”。<sup>③</sup>

2. 第二层次的“口袋化”：超越“公共安全”领域的口袋罪。“以危险方法危害公共安全罪”口袋化倾向的另一个表现，是不断扩张“公共安全”的范围，“以危险方法危害公共安全罪”逐渐开始从刑法典分则第二章“危害公共安全罪”的兜底性罪名，蔓延扩展为整个公共领域的兜底性罪名。例如，2009年10月，孙某在某幼儿园上课期间，使用一支一次性塑料注射器，在未经消毒处理的情况下，反复多次对幼儿园的学龄前儿童白某、李某等60余人的身体进行针刺，后经医疗部门多次检查：被刺学龄前儿童的HIV、乙肝、丙肝抗体均为阴性。法院认为，被告人孙某应当知道使用未经消毒处理的同一注射器反复多次针刺学龄前儿童，很可能在被刺学生之间造成交叉感染，传播疾病，但为了追求学龄前儿童服从管教的目的，对可能造成的危害后果持放任态度，被告人的行为危害或直接威胁不特定多数人的生命安全，符合以危险方法危害公共安全罪的构成要件。<sup>④</sup>针刺儿童的行为虽然具有一定的危险性，但是，被认定为“危害公共安全”确实有失偏颇，然而，鉴于公众对于儿童安全的高度敏感性，司法机关仍然坚持选择以危险方法危害公共安全罪进行重罚。

客观地讲，“以危险方法危害公共安全罪”之所以快速地发展成为新生的口袋罪罪名，成为整个公共生活领域内的口袋罪，原因还是公众舆论对于具有恶劣影响案件的重刑主义诉求。面对挑动

<sup>③</sup> 参见贺勇：《全国首例因“狗咬人”案件宣判，主人获刑3年》，载《人民日报》，2010年4月16日。

<sup>④</sup> 参见钟旭：《建水教师针刺幼儿案一审宣判，被告人以危险方法危害公共安全罪获刑三年》，载《人民法院报》，2010年3月25日。

公众神经的具有恶劣影响的案件,司法机关回应公众压力的传统思维,是在刑罚裁量上从严评价,但是,由于刑罚裁量结果的出现需要一个较长的时间过程,案发之后以哪个罪名予以刑事拘留、逮捕和提起公诉就成为公众关注的焦点。此时,社会公众对于刑罚具体结果的关注往往淡于对“罪名”选择的关注,在“罪名”选择快速体现出来的谴责力度和量刑尚未体现出的谴责力度之间,当然更为关注通过“罪名”选择折射出来的国家态度和对犯罪人的谴责力度。因此,“以危险方法危害公共安全罪”名称之中“危害公共安全”和“危险方法”两个词内含的否定和谴责态度,能够直接满足公众从严制裁的心理期待和诉求。公众舆论推动了侦查、公诉部门的罪名选择,压力同样传递给承审法院:重视“罪名”选择甚于重视刑罚裁量,在侦、诉、审三者也由此形成共识。

### (三) 信息时代的新生口袋罪:破坏计算机信息系统罪

刑法第286条的“破坏计算机信息系统罪”原本是一个狭义上的计算机犯罪,保护的法益是计算机信息系统的正常功能和安全,专门用于制裁对计算机信息系统功能和安全造成严重影响和破坏的犯罪。但是,近10年里这一罪名快速地沦为口袋罪,究其原因,源于司法机关对于这一罪名的保护范围予以有意无意地扩张或者错误理解,将“计算机信息系统功能”扩张解释为“计算机信息系统数据”。进而,所有对于计算机信息系统数据的删除、增加、修改、干扰行为,无论是否危及计算机信息系统功能的正常运行和安全状态,都会被司法机关视为符合“破坏计算机信息系统罪”的罪状描述,这一罪名因而被“口袋化”。

1. 第一层次的“口袋化”:成为传统犯罪的口袋罪。计算机信息系统是一个动态的数据系统,无论多么简单的操作行为,例如,打开一个文件夹,都会在后台增加一条操作记录,增加了该计算机信息系统的数据,因此,在“计算机信息系统功能”被移花接木般地解释为“计算机信息系统数据”的情况下,所有利用或针对他人或公共计算机信息系统实施的传统犯罪都会同时构成破坏计算机信息系统罪。伴随着传统犯罪网络化,一方面,网络因素介入传统犯罪之后出现了一系列定罪上的困惑,司法人员技术理解能力的不足和司法经验的不足,导致简单地套用“破坏计算机信息系统罪”成为破解某些案件定性难题的“万能钥匙”;另一方面,“破坏计算机信息系统罪”的法定刑偏高,因此,只要案件涉及到网络和计算机,无论是解释为“想象竞合犯”还是“牵连犯”,按照“从一重处罚”的规则都可以说于法有据,起码不会是错案。以此为背景,“破坏计算机信息系统罪”沦为一个口袋罪,体现了一种定案惯性甚至是定案惰性。例如,周某是某网吧的网管,他伙同收银员徐某获取顾客的充值卡账号,之后以远程控制手段,破解网吧的后台密码,在自己电脑上进入数据库修改金额数据,通过后台为网吧会员充值,而顾客充值时支付的现金被两人私下侵吞,共2万余元,检察机关以涉嫌破坏计算机信息系统罪提起公诉。<sup>⑤</sup> 本案中周某、徐某的行为在性质上属于典型的职务侵占罪,然而,计算机和网络因素的介入,使司法机关忽视了行为本身的定性而直接适用破坏计算机信息系统罪。类似的案件不胜枚举,成为近10年来司法机关定性的一种思维定式,“破坏计算机信息系统罪”成了司法机关应对传统犯罪网络化的标准口袋。

2. 第二层次的“口袋化”:针对计算机、网络违法行为的口袋罪。以“计算机信息系统功能”

<sup>⑤</sup> 参见胡菲、岑瑾、亦茗:《网管破解密码侵吞营业款,涉嫌破坏计算机信息系统罪》,载中国新闻网 <http://news.cnnb.com.cn/system/2012/10/26/007505373.shtml>, 2013年1月5日访问。



被悄然替换为“计算机信息系统数据”为基础，“数据”一词的外延开始由“数据库中的数据”等扩展到“一切数据”，由于所有针对计算机信息系统实施的行为，都会对“数据”进行一定的增加和修改，“破坏计算机信息系统罪”由此成为一个无所不能装的口袋。因此，当行为人实施与计算机信息系统相关的行为时，都会符合司法机关所认定的破坏计算机信息系统罪，成为司法机关在试图解决界定不清的行为的人罪问题或者试图加重法定刑时的口袋罪。例如，从2010年开始，曹某、吕某两人在互联网上通过黑客入侵的手段，以代他人删除各网站论坛的帖子进行牟利，两年内先后在国内多个大型知名网站、搜索网站、论坛上共计删除帖子七百多条，删一条贴的报酬为1000至2000元。二人以涉嫌破坏计算机信息系统罪被公安机关抓捕。<sup>⑤</sup>在此案中，曹某、吕某删除的“帖子”被解释为“计算机信息系统数据”，因而一个原本按照现行刑法无法定罪的违法行为，被装进了“破坏计算机信息系统罪”这一个新生的口袋罪。

“破坏计算机信息系统罪”作为口袋罪的袋口之大，非其他口袋罪可比。寻衅滋事罪、非法经营罪等口袋罪只是一个领域的口袋罪，而“破坏计算机信息系统罪”则成为几乎所有传统犯罪的口袋罪，伴随着计算机、网络普及程度的快速提高，网络因素已经渗入了各个传统犯罪领域，几乎所有的涉及网络因素的传统犯罪都会同时触犯第286条“破坏计算机信息系统罪”，结局可能都会是一样的：无论传统犯罪行为的性质如何，只要介入了网络因素，一概都可能被“装入”破坏计算机信息系统罪这一口袋罪之中。

#### （四）口袋罪的最新式样——组织、领导、参加黑社会性质组织罪：“多人违法”即可装入“犯罪”口袋

处于社会转型期的中国，犯罪总量在高位运行，恶性犯罪时有发生，尤其是黑恶势力的滋生，导致公众的社会安全感下降，因此，严厉打击黑社会性质的组织，成为普遍认可的刑事政策。“严厉打击”的政策共识被各地司法机关解读为要“打早”、“打小”，进而“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”意想不到地被发展为一个口袋罪。

1. 口袋罪化的社会背景：“打早、打小”的刑事政策。客观地讲，黑社会性质组织犯罪应当是有组织犯罪的高级形态，较之一般的犯罪团伙、犯罪集团而言，在组织结构特征、经济实力特征、社会影响力和实施的具体犯罪层面上有着明显的区别，因此，无论是在1997年刑法还是之后的立法解释和刑法修正案中，立法机关对于黑社会性质组织都规定了详细的认定标准。但是，“打早、打小”的刑事政策，却建立了这样一种“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”的人罪标准：多人分别违法，彼此相识或者关系密切，即可以集体入罪，被装入“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”这一口袋罪。所谓“打早”、“打小”，具体而言，就是不能坐等到黑社会性质组织成形之后再行打击，要在黑社会性质组织尚未“形成气候”、尚未“做大”时就严厉打击。<sup>⑥</sup>换句话说，就是将立法解释所明确的黑社会性质组织的认定标准予以放宽，混淆黑社会性质组织与有组织犯罪、普通集团犯罪、一般共同犯罪甚至是共同违法行为、多人非共同违法行为的界限，以“运动式”的方式打击黑社会性质犯罪，出现了县县抓“黑社会”，甚至乡乡抓“黑社会”的扫黑运动，大有

<sup>⑤</sup> 参见吴晓锋、张振汉、曾程：《海口：网络删帖700条，涉嫌破坏计算机信息系统罪被捕》，载法制网 [http://www.legaldaily.com.cn/index\\_article/content/2012-03/14/content\\_3430483.htm](http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2012-03/14/content_3430483.htm)，2012年10月2日访问

<sup>⑥</sup> “打早、打小”的标准，在一些地方被简化称为“五五一”，即五个人、五起违法行为，一起刑事案件，就可以认定为“黑社会性质组织”。在个别的地方，甚至被简化为“三三一”，罪名口袋化的倾向由此可见一斑。

“流氓罪”借尸还魂的危险,<sup>②</sup>而所借的罪名,就是“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”。

2. 口袋罪化的规范背景:“合并归责”和“转移归责”的异化适用。“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”的口袋罪化,还有刑事归责上的两个特殊原因。应当说,正是当初立法政策的特殊考虑,意想不到地推动“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”成了一个新生的口袋罪。

其一,“合并归责”立法初衷的异化适用。“黑社会性质组织”在立法上被视为一个犯罪组织,因此,单纯参加即构成犯罪。“多次实施违法犯罪”活动是黑社会性质组织认定的一个标准,也就是说,多人的违法犯罪行为借黑社会性质组织之名实现“合并归责”进而承担刑事责任是一个立法初衷。但是,“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”的口袋罪化,恰恰是借助这一立法的特殊考虑,转而将多人实施的一般违法行为入罪。具体地说,对于某些经常实施一般违法行为的团伙,虽然经常实施打架斗殴、敲诈勒索、赌博等行为,扰乱社会秩序,但是其行为的危害性达不到成立其他犯罪的标准,而直接按照“黑社会性质”组织犯罪定性,可以轻易装入口袋,就实现了“合并归责”。“合并归责”立法初衷的异化适用,实际上是一次性地实现多人的共同入罪,而弃罪刑法定原则于不顾。

其二,“转移归责”立法初衷的异化。出于严厉打击黑社会性质组织的立法初衷,刑法规定黑社会性质组织的“组织、领导者”要对该组织实施的全部犯罪行为负责,不需要“组织、领导者”在具体犯罪上和黑社会性质组织的成员存在共同犯意。正是借助于刑法的这一特殊规定,将某一群体的行为按照“黑社会性质组织”定性,可以使松散的犯罪团伙中的组织者、领导者,承担原本不成立共同犯罪的他人实施的犯罪行为,实现了刑事责任的转移归责。“转移归责”立法初衷的异化适用,实际上可以将原本没有实施具体违法犯罪行为的人,视为黑社会性质组织的“组织、领导者”,让他承担他人犯罪行为的刑事责任,而弃罪刑法定原则于不顾。正因为此,司法实践中导致了基于一些单位个别人的违法行为,而将整个单位认定为“黑社会性质组织”,单位负责人作为“组织、领导者”承担全部刑事责任。

### 三、罪名“口袋化”的司法乱象和领地之争

#### (一) 罪名“口袋化”的初始原因:实现“有恶能罚”

口袋罪出现的立法原因有二:一是立法不细致,对于某一领域的犯罪行为,设立了一个高度抽象性、概括性的罪名,司法机关在找不到其他罪名可用时,自然而然地会将它发展为口袋罪。二是成文法的固有局限,成文法的语言无法做到绝对地具体和明确,罪状的描述只能是一类犯罪行为的抽象,司法机关利用这一特点对于罪状中的抽象性条款进行解释,这是口袋罪形成的重要原因。

但是,口袋罪作为一种司法现象,它与立法中的兜底性条款是不同的,没有兜底性条款的罪名,同样可以成为口袋罪。有学者认为口袋罪应当是兜底性条款的下位概念,<sup>③</sup>笔者不认同这一提

<sup>②</sup> 参见赵秉志:《黑社会性质犯罪司法疑难问题研究》,参见京师刑事法治网 <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/Info/showpage.asp?pkID=36>, 2011年3月7日访问。

<sup>③</sup> 参见注⑤,第119-120页。

法，理由是：（1）口袋罪是司法现象，是司法适用上的问题，兜底性条款是立法现象，是立法技术和理念的问题。（2）口袋罪实质上是被司法机关滥用的特定罪名，而兜底性条款实质上是特定罪名罪状中的描述。（3）司法机关虽然经常利用口袋罪中的兜底性条款来实现解释，但是，口袋罪的出现主要不是源于司法机关在兜底性条款本身的含义范围内合理适用，超越兜底性条款的字面含义进行解释，才是口袋罪形成和被人诟病的缘由。（4）口袋罪中往往包含兜底性条款，但是，没有兜底性条款的罪名，司法机关依然可以利用法条语言的弹性进行解释，而使罪名“口袋化”，例如，寻衅滋事罪、破坏计算机信息系统罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪的罪状中就没有兜底性条款。

作为一种司法现象，现代罪名“口袋化”的初始原因，是追求“有恶能罚”。如果说在罪刑擅断时期，口袋罪的泛滥是由于刑事立法中绝对口袋罪的设置；在相对罪刑法定时期，口袋罪的形成源于立法的粗略和司法机关滥用类推解释；那么，在立法上已经明确罪刑法定原则的现代，司法因素无疑是口袋罪产生的主要原因。作为一种司法现象，罪名“口袋化”的初始原因，可能是客观不得已：成文法的罪名体系主要源于司法经验，虽然试图抽象概括全部犯罪行为，疏漏仍然在所难免，对于新生的越轨行为更是难以预见，因此，刑法的滞后性是与生俱来的。但是，司法机关存在着解决“有罪不能罚”问题的冲动和现实愿望，在保证刑法的实质正义性和维护形式正义之间，当然会选择前者。基于此，司法机关面对具有严重危害性的行为，在找不到可以依据的明确刑法条文予以制裁时，就会利用“扩大解释”，将刑法没有明确规定的行为解释到部分外延较广、解释空间较大的几个特定罪名之中。

## （二）罪名“口袋化”的司法乱象：从“有恶能罚”到“四面出击”

如果说罪名“口袋化”初始动因是追求实质公正和实现“有恶能罚”，那么目前的罪名“口袋化”已呈现出一种“四面出击”的乱象。

可以稍加总结的乱象是：（1）从“有罪能罚”变为追求“轻罪重罚”。罪名“口袋化”的初衷是解决行为入罪的定罪需求，即追求简单的“有恶能罚”，但是，目前已经发展到追求“轻罪重罚”，形成了“量刑反制定罪”的反常现象。（2）“量刑反制定罪”思维下的罪名“口袋化”倾向，混淆了故意犯罪和过失犯罪之间的界限。例如，酒后驾驶引发的交通肇事案件，事故后果一般的，往往定性为交通肇事罪；造成恶性事故的，基本上会定性为“以危险方法危害公共安全罪。”看似两个罪名是可以衔接的，但是，前者是过失犯罪，而后者是故意犯罪。（3）追求定罪的谴责力度，抛弃了法条竞合等刑法理论。“口袋化”罪名的数量增加，在于司法机关不再满足于通过口袋罪解决“有恶能罚”，而是发展为在法定刑设置相同的罪名之间，追求罪名在观感上能够满足公众期待，如前所述，在“危险物品肇事罪”和“过失以危险方法危害公共安全罪”之间选用后者，打破了法条竞合理论中“特殊法优于一般法”的罪名选用规则。（4）从司法主动出击，发展为司法惰性。早期罪名“口袋化”的初衷，是主动出击，寻找严厉打击严重违法行为的人罪方案；而当前某些罪名的“口袋化”是司法惰性的典型表现，例如，破坏计算机信息系统罪之所以成为“通吃”传统犯罪的口袋罪，是司法人员技术理解能力不足和主观上不想解决这一问题造成的。（5）早期的罪名“口袋化”，目的是寻找单一行为的人罪方案，主要目标是解决个人责任，目前却在“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”中发展到追求“合并”多人的违法行为升格为犯罪行为，客观上形成了一种

“法必责众”的现象。(6) 过去的罪名“口袋化”，无论是流氓罪、投机倒把罪还是玩忽职守罪，都只是存在于一个领域，例如非法经营罪是经济犯罪领域的口袋罪；目前的口袋罪已经可以跨越领域，例如“以危险方法危害公共安全罪”；甚至发展出了可以“通吃”刑法典罪名的口袋罪，例如“破坏计算机信息系统罪”。

### (三) 口袋罪的“领地之争”

近年来由于信息传播模式的时代变化，进入社会公众视野、挑动公众神经的影响恶劣的案件日益增加，随着公众要求严厉制裁的呼声提高，理论上开始在“罪刑法定”的框架之内寻求“严厉制裁”的问题解决模型，司法机关顺势而上，悄然改变了此类案件的定性策略，甚至造就了罪名“口袋化”的“领地之争”。

1. 前提性描述：“量刑反制定罪”。2011年3月15日，中央电视台曝光了河南孟州、温县等地一些养猪场采用违禁药品“瘦肉精”喂养生猪的事件，公安机关随即展开立案侦查，犯罪嫌疑人刘襄等人落网。2011年7月25日，河南省焦作市中级人民法院以“以危险方法危害公共安全罪”判处被告人刘襄死刑，缓期2年执行。而在此案之前和之后，无论是在河南省还是其它地区，按照现行司法解释的规定，<sup>⑨</sup> 销售“瘦肉精”的案件均是按照“非法经营罪”定罪的。

回顾刘襄一案的判决可以发现，舍“非法经营罪”而求“以危险方法危害公共安全罪”的重要原因，在于两个罪名法定最高刑配置的差异。前者的法定最高刑为15年有期徒刑，而后者为死刑，两者相差悬殊。如果以以危险方法危害公共安全罪定罪，有可能对刘襄等人判处死刑，刑罚裁量的空间将大大拓展，由于刘襄作为全案的主犯，对他的量刑也会制约本案其他犯罪人的量刑幅度，因而以危险方法危害公共安全罪定罪事实上提升了本案所有犯罪人的刑罚量。影响本案定性的最关键因素，不在于非法经营罪与以危险方法危害公共安全罪的界限，也不在于“危险方法”内涵的理解与适用，而是法院出于适用更重刑罚的先入目的，有意识地选择符合自己口味的罪名，以满足从严打击犯罪的政策需求和社会期待。当明确了裁判的最终目的后，如何解释自己的选择就成为纯粹的技术性工作了。刘襄一案中，“量刑反制定罪”的司法适用逻辑人为地忽略了适用罪名的规范性要求。

当前的司法实践中，“量刑反制定罪”蔓延不止，在理论上也颇多支持之声。应当说，“量刑反制定罪”的理论呼声和问题解决模型，有着其司法需求，也是上述案件定罪结论出现的重要理论依据。在法律解释学的框架下，追求罪责刑相适应原则承载了“量刑反制定罪”的说理性义务。但是，无法回避的疑问是：追求量刑公正自然没有错，然而，又何以认定某一案件的犯罪人的责任大到必须以转换罪名的方式来解决呢？低罪质行为的危害后果高于高罪质行为的危害后果本来是司法实践中的普遍现象，例如，交通肇事可能会造成非常重大的损害后果，以危险方法危害公共安全也可能尚未造成严重后果。如果“量刑反制定罪”的思维在司法实践中继续蔓延，结果必然是某些罪名不堪重负，而某些罪名被闲置不顾。<sup>⑩</sup> 笔者认为，“量刑反制定罪”理由中的“量刑公正”、“罪

<sup>⑨</sup> 指的是2002年最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

<sup>⑩</sup> 令人忧虑的是，由于《刑法修正案（八）》提升了寻衅滋事罪的法定最高刑，客观上可能会推动“寻衅滋事罪”基于“量刑反制定罪”套路而实现第二波的“口袋化”。

责刑相适应”不过是一套话语包装，用来掩盖背后的某种政策倾向。本来，具体判决满足某种特定政策需求并没有错，但其前提是不能偏离法律的规范性框架。“量刑反制定罪”思维的直接危害，就是增加刑事判决的恣意性和减低刑法规范的可预见性。

2. 口袋罪之间的领地争夺：以“非法经营罪”和“以危险方法危害公共安全罪”为例。“量刑反制定罪”推动了罪名“口袋化”，口袋罪之间甚至出现了“领地之争”。以广受舆论关注的生产、销售有毒食品原料案件为例，根据司法解释，此类案件应当定性为“非法经营罪”，但是，目前选用的罪名包括了以危险方法危害公共安全罪、非法经营罪和生产、销售有毒食品罪，三个罪名中有两个是口袋罪。

分析此类案件，可以发现司法机关选用口袋罪的前后态度不同。在刘襄案之后，2011年8月9日，河南省获嘉县法院公开审理了第二批“瘦肉精”案件，定性结论是非法经营罪。再往前追溯，2009年石家庄市中级人民法院对于“三鹿”奶粉案件中的涉案被告人张玉军予以审判，以“以危险方法危害公共安全罪”判处张玉军死刑立即执行。最高人民法院复核认为，被告人张玉军为牟取非法利益，置广大人民群众的身体、生命和财产安全于不顾，大量生产、销售专供往原奶中添加的含三聚氰胺的混合物即“蛋白粉”，经逐级分销后被添加到原奶中，奶制品生产企业使用被添加含有三聚氰胺混合物的原奶生产的婴幼儿奶粉等奶制品流入市场后，对于广大消费者特别是婴幼儿的身体、生命造成严重损害，导致众多婴幼儿因食用遭受三聚氰胺严重污染的婴幼儿配方奶粉引发泌尿系统疾患，多名婴幼儿致病死亡，并使公私财产遭受了重大损失，其行为构成以危险方法危害公共安全罪。<sup>②</sup>而同为“三鹿”奶粉事件的张合社、张太珍以及杨京敏、谷国平等，检察机关认为四被告人将含有三聚氰胺的混合物（“蛋白粉”）添加到原牛奶中并销售到石家庄三鹿集团股份有限公司等处，应当以生产、销售有毒食品罪追究其刑事责任。<sup>③</sup>同一案件中的不同定性，折射出了口袋罪选用态度和策略的差异。

目前看来，司法机关制裁提供“瘦肉精”等有毒、有害食品原料行为的两个口袋罪分别是非法经营罪和以危险方法危害公共安全罪。在定性策略上，司法实践中对于两个口袋罪罪名的选用态度与策略的变化是清晰的，两个口袋罪之间出现了“领地之争”：依照“非法经营罪”定性，追求的是“有恶必罚”，即将实质上具有严重社会危害性的行为纳入到刑法的规制范围中，这是2002年司法解释的初衷和目的；而按照“以危险方法危害公共安全罪”定性，则是在解决“有恶必罚”的同时在刑罚阶梯中上了一个台阶，实现的是“有恶重罚”，也就是说，司法机关并不满足于使此类行为可以受到刑罚处罚，而是倾向于对此类行为严厉制裁以平息公众愤怒，因而在口袋罪的罪名选用上，从追求能够“定罪”的简单要求，转向追求“重罚”的严厉制裁态度，宁愿抛弃依然有效的2002年司法解释，对于引发全社会关注和愤慨的案件按照“以危险方法危害公共安全罪”定性，在社会关注热度消减之后，再恢复按照“非法经营罪”定性的传统。

顺便提一句，在上述案件之中，还可以看到口袋罪罪名选用的另一种“策略”：为了满足公众从严制裁的心理期待，放弃可以达到同样量刑结果的普通罪名。“三鹿”奶粉事件中，被告人张玉

<sup>②</sup> 参见佚名：《“三鹿”案犯张玉军耿金平24日伏法》，载中国普法网 [http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2009-11/25/content\\_1186618.htm?node=7880](http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2009-11/25/content_1186618.htm?node=7880)，2011年9月16日访问。

<sup>③</sup> 参见佚名：《4起三鹿奶粉系列刑事犯罪案开庭，6被告人受审》，载新华网 [http://news.xinhuanet.com/legal/2008-12/26/content\\_10562037.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2008-12/26/content_10562037.htm)，2011年9月16日访问。

军被以“以危险方法危害公共安全罪”判处死刑立即执行，而实施了同样行为的张合社、张太珍、杨京敏、谷国平等的定性却是“生产、销售有毒食品罪”。两个罪名的法定最高刑都是死刑，从单纯追求重刑的角度来看，选用哪个罪名的结果都是一样的。但是，在当时舆论汹涌的背景下，按照“以危险方法危害公共安全罪”定性，显然在罪名中体现出来的谴责态度更能满足公众期待，这恐怕是同案不同定性的根本原因。

#### 四、当前中国口袋罪的消减思路

罪名的“口袋化”具有明显的时代特征，“袋口”的大小也与社会背景紧密相关。既然当前的口袋罪更多地是一种司法现象，未来的消减思路就应当立足于司法而不是主要求助于立法。

##### （一）正视刑法条文中的“口袋罪空间”

面对数量悄然增加的口袋罪罪名，试图通过立法消除、分解已经形成口袋罪的条款，一劳永逸地解决口袋罪只是一种幻想。目前司法实践中的口袋罪同1979年刑法中的口袋罪不同，其根源已经转向司法，因此，1997年通过修订刑法对于口袋罪罪名予以分解的模式，<sup>④</sup>在当前几乎不具有借鉴意义。同时，从实际效果上看，立法修正没有能够消减老的口袋罪，时代发展反而推动了新口袋罪的出现。

尽管有学者指出，正是由于兜底性条款的存在，才使部分罪名呈现出一定的口袋罪特征，<sup>⑤</sup>似乎消除了兜底性条款，就可以消除口袋罪现象。但是，应当指出的是：（1）刑法条文中的兜底性条款、概括性条款不是口袋罪滋生的唯一“空间”，这一点前面已述，因此，通过消除兜底性条款、概括性条款解决口袋罪的“滋生空间”以消除口袋罪现象，是不现实的。（2）刑法条文中兜底性、概括性条款的存在有其必然性，它是刑法的社会保护和人权保障功能相互平衡的产物，设置一定的兜底性条款，可以兼顾刑法的明确性和规范的普适性。同时，中国的罪刑法定原则包含“无罪不罚”和“有罪必罚”两个层面的内在要求，后者反映了一般公众对于“刑不上大夫”这一历史惯性的忧虑，中国在法治进程还是“发展中国家”，确保“有罪必罚”是罪刑法定原则的应有之义，甚至是公众对于罪刑法定原则最为关注和期待的层面。<sup>⑥</sup>高度概括性条款的存在正可满足这一客观需求，有助于不放纵犯罪和加大刑法的打击半径、制裁力度。

##### （二）立法角度：加快回应司法需要和公众期待

对于罪名的口袋化问题，难以用立法手段予以废止、分解，同时，强行予以废止、分解而不解决客观的司法需要和公众期待，司法机关必然会转而选择其他罪名去强行解释，创制新的口袋罪罪名。因此，立法上应当选取恰当思路，有效地减少司法机关选用5个口袋化罪名的几率。

<sup>④</sup> 参见李川：《公法哲学视野下的刑事问题初探——以口袋罪和刑法谦抑性为例》，《理论与改革》2010年第6期；罗欣：《法治时代让口袋罪走开》，载《检察日报》，2008年5月9日。

<sup>⑤</sup> 参见注⑤，第120页。

<sup>⑥</sup> 西方发达国家已经完成了这一转变，公民和学者的注意度开始向无罪不罚转换。

1. 提升部分罪名的法定刑：满足合理的重刑需求。司法实践中罔顾罪刑法定原则，“按刑索罪”地追求刑罚有升格，部分源于司法机关的重刑传统或者受到案外压力，但另一部分案件可能确实是源于具体罪名的法定刑设置不符合行为的实际社会危害性，也无法满足公众的直观、朴素的正义理念。对于后一种情况，应当考虑提升部分罪名的法定刑，保证罪责刑相适应，以满足司法机关和社会公众合理的重刑需求。

2. 降低入罪标准：解决“有罪不能罚”的客观需求。被司法机关解释入口袋罪罪名的部分行为，确实在实质上已经具有严重的社会危害性，但是，刑法条文却无法将其纳入犯罪的范畴。因此，改变或者降低此部分罪名的入罪标准，解决“有罪不能罚”的尴尬，能够有效减少司法机关套用口袋罪罪名的冲动。例如，《刑法修正案（八）》将敲诈勒索罪的入罪标准由“数额较大”修改为“数额较大或者多次敲诈勒索”，法定最高刑由十年有期徒刑提高到十五年有期徒刑，直接改变了过去对于多次敲诈勒索但是数额不大的情形套用“寻衅滋事罪”的司法套路。

3. 逐步完善罪名体系设置：保证罪责刑相适应。司法机关选用口袋罪，有时确属客观不得已，即部分新生越轨行为已经呈现出明显的严重危害性特征，但是刑法的原有罪名体系严重滞后，只能套用口袋罪罪名来解决问题。因此，在立法上及时严密罪名体系，有助于约束司法机关随意套用口袋罪名。例如，20世纪90年代末兴起的传销活动愈演愈烈，立法上一直没有对应的罪名予以制裁。2001年4月10日最高人民法院发布的《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》不得已以司法解释的方式将非法传销行为纳入非法经营罪之中：“对于1998年4月18日国务院《关于禁止传销经营活动的通知》发布以后，仍然从事传销或者变相传销活动，扰乱市场秩序，情节严重的，应当依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪处罚。”但是，传销行为是否属于“经营”行为一直存在争议，在《刑法修正案（七）》增设了组织、领导传销活动罪之后，才平息了争议，也缩减了非法经营罪的口袋罪倾向。<sup>⑦</sup>

### （三）司法角度：罪刑法定原则的坚守

司法理念的滞后是当前罪名“口袋化”现象的根本原因，要想消减口袋化的罪名数量，司法机关应当放弃“法律工具主义理念”。

1. 严格“弹性条款”的解释空间和解释程序。对于刑法条文中实际存在着的弹性条款，司法机关必须遵循罪刑法定理念进行解释，控制扩张解释的幅度，不能超越刑法条文的可能语义范围而成为类推解释，<sup>⑧</sup>避免兜底性的弹性条款成为滋生口袋罪的温床。同时，对于弹性条款的解释应当兼顾体系性解释，不能不顾刑法罪名体系的内在逻辑关系而肆意解释。例如，对于兜底性条款的解释必须考虑兜底性条款在罪名体系中的位置，兜底性条款虽然往往以“其他”的形式出现，但是不能将“其他”随意解释为其他任何事物，应当注意到“其他”之前存在的与其相对应的行为模式，例如，“以危险方法危害公共安全罪”中“危险方法”对应的是“放火、爆炸、决水、投放危险物

<sup>⑦</sup> 需要指出，组织、领导传销活动罪在罪状的设定上过于严格，仍有部分传销行为无法纳入到这一罪中进行评价，导致了司法实践中传销犯罪依然经常性地套用“非法经营罪”定罪处罚。

<sup>⑧</sup> 应当承认，扩张解释和类推解释的明确区分是刑法的难题之一。一般认为，扩张解释仍是刑法条文真实意思的反映，只不过刑法的用语过于狭隘，限制了刑法内在精神的表达，因此可以在公众可以预测的可能的语义范围内进行一定的扩张，而类推解释则超出了立法原意和公众的预测范围。“可能的语义”是指进行的解释处于条文本身可能的语义范围之内，即公众对扩张解释出的范围能够预测和接受。参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第202页。

质等”行为，非法经营罪第四项中的“其他”对应的是前三项行为。同时，兜底性条款中的“其他”与其对应的行为模式应当具有同质性，即在行为性质特征、危害结果特征、行为与危害结果的关系特征等方面属于同一类型，在立法上它没有被列举出来的原因，仅仅是因为在立法之初它尚不常见而已。

同时，应当制定刑法中“弹性条款”的解释规则，通过颁行司法解释文件甚至是立法解释的形式，来建立“弹性条款”的解释规则和个案中解释结果的报批生效程序。唯有同时采取实体重视和程序限制的方式，才能杜绝任意层级的司法机关都可以解释弹性条款和人为地创造口袋罪的现象。

2. 增强“口袋化”罪名的专门审核和监督。应当正视的一点是，罪名“口袋化”的表象，是司法机关充分调动司法智慧，以司法的灵动性解决“有罪不能罚”、“重罪无法重罚”的困局，但是实际上却可能破坏了罪刑法定原则和罪责刑相适应的原则。

消减“口袋化”罪名的思路之一，是慎重对待“套用”6个“口袋化”罪名（5+1，包括玩忽职守罪）的情况：（1）凡是套用“口袋化”罪名的，应当报请上级司法机关批准；按照套用的“口袋化”罪名定案的，应当报最高人民法院备案。（2）最高人民法院、最高人民检察院每年应当开展一次套用“口袋化”罪名的案件专项检查，及时纠错；同时，重视“口袋化”罪名在出罪方面的示范效应，及时发布不恰当套用“口袋化”罪名的典型案例。（3）最高人民法院应当充分发挥“指导性案例制度”的作用，尽快发布关于6个口袋罪的指导性案例，或者以司法文件附带说明性案例的方式，来统一“口袋化”罪名中“弹性条款”的解释思路，统一“口袋化”罪名的套用思路。例如，2009年最高人民法院《关于印发醉酒驾车犯罪法律适用问题指导意见及相关典型案例的通知》就是后一种方式的较好例子，它对于醉酒驾驶发生交通事故之后，在何种情况下可以认定为“以危险方法危害公共安全罪”进行了详细阐述，同时附有典型案例指导。

#### 【主要参考文献】

1. 王汉斌：《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）的说明〉》，《人大工作通讯》1997年第71期。
2. [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版。
3. 高铭暄、赵秉志：《新中国刑法学研究60周年》，中国人民大学出版社2009年版。
4. 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5期。
5. 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。
6. 高翼飞：《从扩张走向变异：非法经营罪如何摆脱口袋罪的宿命》，《政治与法律》2012年第3期。
7. 黄春燕：《传统中国法比附援引的源与流》，《法学杂志》2012年第5期。

（责任编辑：付立庆）