

危险驾驶罪的客观不法与主观罪责^{*}

张克文

内容提要:危险驾驶罪情节犯之争,需要厘清“但书”规定的立法与司法、应然与实然两种关系。抽象危险犯以缓和的危险作为处罚根据。只要有类型化的行为就有危险。具体危险犯还要对规范保护的具体对象造成现实威胁。抽象危险犯类型化的程度存在不同,有时需要进行具体判断。将危险与实害并列为独立结果,会割裂对行为客观危害和不法属性的整体评价,且违背基本逻辑、常识与法理,导致技术性概念的实体化。危险驾驶的不法属性,必须着眼于其造成严重伤亡的高度盖然性。危险故意与实害故意内在一致,犯罪故意的认定应坚守传统的“实害结果本位”,其主要考量因素是行为的客观风险与社会的规范要求。风险越高,要求愈甚。汽车交通的发达使得危险驾驶行为的现实风险极大地提高,但人们总是习惯于以旧的标准来评价“新”的行为。立法规定危险驾驶罪,意在排除个人自信,型塑新的交通伦理。只要有行为故意即可推定结果故意。危险驾驶造成重大或者紧迫危险或者严重伤亡时,应按以危险方法危害公共安全罪论处,不存在构成交通肇事罪的问题。

关键词:情节犯 危险犯 犯罪结果 罪责 主客观相统一

张克文,中南财经政法大学副教授、法治发展与司法改革研究中心研究员。

《刑法》第133条之一规定,“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,或者在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金。”“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”在实践中,要构成危险驾驶罪(尤其是醉酒驾驶型),除具备该条第1款规定的非法要素外,是否还需要考虑其他情节?危险驾驶入罪的实质根据该如何理解和界定?危险驾驶造成重大人身伤亡或者对公众构成严重威胁的,可能构成交通肇事罪或以危险方法危害公共安全罪时,该如何决断?这里的伤亡实害、危险与危险驾驶罪处罚根据之间是什么关系?危险驾驶罪的犯罪结果究竟是危险还是实害?危险驾驶者主观意欲的对象或主观罪过如何确定?诸多疑问,可归结为四个方面:(1)危险驾驶罪是否为情节犯。即对于在道路上醉酒驾驶机动车的行为,司法机关是否还要考虑其他情节,才可将其入罪。(2)危险驾驶之危险判断。人们普遍认为,危险驾驶罪是抽象的危险犯,这里的危险该如何判断?

^{*} 本文是国家社科基金重点项目“现代风险的治理与非传统安全的刑法保障”(项目编号:13AF011)和中央高校基本科研业务费项目“行为无价值论与结果无价值论的对立及其消解”(项目编号:2013031)的部分成果。

《刑法》第 114 条也是关于危险犯的规定。这两类危险犯之间如何区分? 追逐竞驶型危险驾驶罪要求“情节恶劣”, 意味着可能要对行为的危险进行具体判断, 这是否会影响到危险驾驶罪的危险属性。(3) 犯罪结果。危险驾驶罪中的犯罪结果该如何界定, 如何评价该罪的客观危害与不法属性, 尤其是如何比较该罪与交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪的罪刑关系。这不仅关系到危险驾驶罪的立法根据, 还与其主观罪过的认定密切相关。(4) 主观罪过。从刑法解释学的角度看, 危险驾驶罪是故意犯罪, 其主观故意的内容如何界定, 特别是如何从主观上区分该罪与交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪。

上述四个方面, 涉及到刑法学中的四个基本问题, 而且几乎每一个问题都备受争议。因此, 国内刑法理论与实践很少对其作一体化的思考, 也很难在危险驾驶罪上得出比较一致的合理结论。根据主客观相统一的原则, 客观不法决定和征表主观罪过, 主观罪过反映和支配客观不法。本文拟以此为主线, 对上述问题进行系统梳理。

一 危险驾驶罪是否为情节犯

从罪状表述和立法原意来看, 在道路上醉酒驾驶机动车的行为, 无需再考虑其他具体情节, 应一律以危险驾驶罪论处,^[1] 这一点应该是明确无误的。但是, 以最高人民法院为代表的观点认为,^[2] 根据《刑法》第 13 条“但书”的规定, 对于“情节显著轻微危害不大的”醉驾行为, 不应以犯罪论处。这意味着, 醉驾型危险驾驶罪尽管在立法上呈现出“行为犯”的模式, 但在司法上被作为情节犯来对待。^[3]

与危险驾驶相关的情节犯理论大体有以下几种表现形式: (1) 区别对待论。醉酒驾驶的情形极为复杂, 行为人醉酒的程度、醉驾的原因、持续的时间、路况、后果、醉驾的次数、事后表现等都不相同。不同的情形对公共安全造成的威胁以及所反映出的行为人的主观恶性和人身危险性差别很大。因此, 应该区别对待。^[4] (2) 类型化论。危险驾驶罪是抽象的危险犯, 其实质是类型化的危险犯。因此, 司法人员不需要具体判断醉酒行为是否具有公共危险, 只要进行类型化的判断即可。另一方面, 完全没有危险的行为, 例如, 在没有车辆与行人的荒野道路上醉酒驾驶机动车的, 不应以本罪论处。^[5] (3) “醉酒”判断标准的幅度理论。即作为“醉酒”判断标准的“血液酒精含量值”可以确定为一个幅度(80 - 110 毫克/100 毫升), 达到该幅度的, 醉驾行为实体上是犯罪, 公安机关要一律立案处理。但是, 如果属于初犯、认罪悔罪并且没有任何实际危害后果的, 可以按照酒后驾驶予以行政处罚; 醉驾者在接受处理时谩骂、殴打、袭击执法警察的, 或者拒不认罪、悔罪的, 或者有一定危害后果的, 以及属于再犯的, 予以刑事处罚; 血液酒精含量每 100 毫升达到 110 毫克以上的, 一律判处刑罚。^[6]

[1] 参见李适时:《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉(草案)审议结果的报告》(2011 年 2 月 23 日); 黄太云:《〈刑法修正案(八)〉解读(二)》,《人民检察》2011 年第 7 期, 第 49 - 63 页。

[2] 参见张军:《正确把握危险驾驶罪构成条件》, http://news.xinhuanet.com/legal/2011-05/10/c_121400846.htm. 访问时间: 2013 年 10 月 20 日。

[3] 这里的“行为犯”系借用其他学者的表述, 未必与结果犯相对应, 只是相对于情节犯而言的一种一般性表述。

[4] 参见刘宪权:《醉驾入刑应杜绝“模糊地带”》,《法制日报》2011 年 5 月 17 日第 10 版; 赵蕾:《醉驾入罪起争议 最高法院的菩萨心肠》,《南方周末》2011 年 5 月 19 日第 A4 版; 储槐植、闫雨:《危险驾驶行为入刑: 原因、问题与对策》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2012 年第 2 期, 第 106 - 111 页; 赵秉志、赵远:《危险驾驶罪研析与思考》,《政治与法律》2011 年第 8 期, 第 14 - 25 页, 等等。

[5] 参见张明楷:《危险驾驶罪及其与相关犯罪的关系》,《人民法院报》2011 年 5 月 11 日第 6 版。

[6] 参见曲新久:《醉驾不一律入罪无需依赖于“但书”的适用》,《法学》2011 年第 7 期, 第 13 - 17 页。

(4)主观或实体的醉酒标准理论。即每个人对酒精的耐受力是不一样的,在判断是否醉酒时,应以血液、呼气中的酒精含量阈值为基础,同时进行人体平衡的步行回转试验或者单腿直立试验,以确定行为人是否实际处于“醉酒状态”。〔7〕

从具体内容上看,上述情节犯论所考虑的情节主要涉及两个方面:行为的危险和行为人的危险。个体对酒精的耐受力、实际的醉酒程度等是对行为人是否具有实际驾控能力的判断,直接决定行为人的驾驶行为是否具有公共危险或危险程度;醉驾的时间、路况、具体表现或后果等是对醉驾的危险性的具体判断;对危险的类型化的判断最终必然也是一种具体的判断,只是在危险的抽象程度上存在差别而已。上述判断归根结底都是对行为客观上是否具有危险或危险程度的判断。醉驾者是初犯抑或再犯、是否认罪悔罪等关系到行为人的自身危险性,其实质是关于行为人的危险的判断。行为的危险与行为人的危险显然不是毫不相干的问题。行为的危险即行为对法益侵害的可能性,系行为人主观罪过支配下的结果。因此,行为的危险表征行为人的主观恶性及其背后潜在的人身危险性。行为人的危险是指行为人存在对社会的威胁,其实质是关于行为人人格的危险性,这种危险型人格往往影响行为人的行为选择并最终通过危险性的行为表现出来。在实践中,行为人的危险可能表现为危险性行为、行为所造成的法益危险状态或对法益的实害结果,也可能表现为事前事后的举动。现代刑法主张客观主义和行为本位。行为人的危险只有通过实际的危险行为表现出来时才会加以惩罚。表征人身危险性的事前事后的举动,通常只在裁判量刑中酌情加以考虑。

从处罚根据来看,危险驾驶罪明显属于危险犯,而且是抽象的危险犯。所谓的危险,只是一种法益侵害或威胁社会的可能性,而可能性必然存在概率高低的问题,因此,除非行为绝对没有危险,否则,关于危险的判断必然伴随着危险程度的判断。在现代社会,绝对没有危险的行为几乎不存在,在道路上驾驶机动车的行为更是一种危险性极高的行为。因此,醉驾应否一律入罪所要考虑的显然不是醉驾行为是否具有公共危险的问题,而是何种程度的危险才能入罪的问题。毫无疑问,罪与非罪的判断首先是一个立法问题,危险程度的选择应该由立法来解决。

情节犯论之根据主要有以下三个方面:(1)刑法总则第13条“但书”的功能定位。情节犯论者往往认为,但书具有立法和司法双重指引功能:一方面,立法者在规定分则罪名时,大都规定了定量因素,如“情节严重”、“数额较大”或“造成严重后果”。另一方面,对于没有规定定量因素的犯罪,司法机关可以根据但书规定,将那些符合刑法分则规定但“情节显著轻微、危险不大”的行为直接或间接予以出罪。也就是说,但书规定的效力应直接及于分则所有罪名。这也是目前国内通说。〔8〕(2)罪刑法定原则与刑法解释论。在刑法解释上,目前国内已经形成了形式解释论和实质解释论两种基本立场上的对立,但不管哪种解释论,基本上都主张消极的罪刑法定原则,即“入罪必须法定,出罪无须法定”。因此,对于字面上符合分则规定,但实质上不可罚的行为,应通过解释予以出罪。〔9〕(3)司法实践。在我国,大

〔7〕 参见杨兴培:《从醉酒入罪看如何消弭法治分歧》,《法学》2011年第7期,第17-22页。

〔8〕 参见刘宪权、周舟:《〈刑法〉第13条“但书”条款司法适用相关问题研究》,《现代法学》2011年第6期,第99-106页;夏勇:《作为情节犯的醉酒驾驶》,《中国刑事法杂志》2011年第9期,第17-22页;刘仁文:《“醉酒入刑”看情节没有错》,《中国检察官》2012年第1期,第30-32页;梁根林:《“醉酒”入刑后的定罪困扰与省思》,《法学》2013年第3期,第52-60页。

〔9〕 参见陈兴良:《罪刑法定主义的逻辑展开》,《法制与社会发展》2013年第3期,第50-60页;陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期,第27-48页;张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期,第49-69页;张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,《法学家》2008年第4期,第65-93页。

量的司法解释直接以但书为据,对分则条文没有规定定量要素的罪名补充了情节要求。^[10]

上述依据是否充分,需要厘清立法和司法、应然与实然两个方面的关系。(1)从应然的角度来看,《刑法》第 13 条作为犯罪的一般性定义,其内在要求显然应融入整部刑法典之中。刑法总则规定的是犯罪的共性特征和一般问题;刑法分则规定的是具体犯罪的特殊要求。不论是刑法总则还是分则立法,都应贯彻《刑法》第 13 条但书之规定。而且,从立法常识来看,既然刑法分则约 2/3 的罪名都明确规定了数量或情节限制,其他 1/3 的罪名之所以没有规定定量因素,显然是因为没有或不应规定情节上的要求。既然如此,司法者在解释和适用刑法时,原则上就应直接以(分则)法条的字面规定为据,而不应在字面规定之外,以但书为由来添加新的要素(包括种类要件和程度要件)。《刑法》第 13 条的但书规定不可能同时具有立法和司法双重指引功能。^[11]或者说,承认但书的司法指引功能实际上意味着其立法指引功能的失败。但这属于实然的范畴,关系到立法是否贯彻、如何贯彻但书的指引功能以及是否存在立法缺陷或漏洞的问题。(2)不论是形式解释论者还是实质解释论者,都认为罪刑法定原则的基本含义是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,其目的在于限制司法者的刑罚权,以实现刑法的人权保障机能。但问题在于,刑法不仅是犯罪人的大宪章,也是善良人的大宪章,刑法还负担着重要的社会保护机能。司法出罪与入罪显然是一体之两面,“法有明文规定”时仍不入罪必然也存在司法恣意的危险。基于罪刑法定之民主内涵,在法律有明文规定时,原则上就应依法定罪量刑。当然,由于罪与罚的实质依据是实体的正义理念,如果刑法规定违背了正义要求,司法者理应予以出罪,但这显然属于一种例外,而适用于立法存在缺陷或漏洞之时。从权力制衡的角度而言,这意味着立法权对司法权的限制是原则,司法权对立法权的限制是例外。^[12](3)从性质上看,我国司法解释对分则无定量要素的罪名所补充的情节要求其实有两类:一类属于体系解释或当然解释,另一类属于漏洞填补。其中,绝大多数都属于前者。这些解释是对相关具体犯罪的实行行为本身或法定构成要件所做的说明,并没有在分则明文规定之外以总则第 13 条的但书为据添加新的要素。当然,从实际效果上看,有些解释对犯罪的情节要求是否过高,或许可以讨论。

总之,上述理论依据,不论哪一方面都不足以证明醉驾型危险驾驶罪是情节犯。作为抽象的危险犯,醉驾应否一律入罪,关键在于在道路上醉酒驾驶机动车的行为是否具有危害公共安全的抽象危险。这涉及到危险犯和对危险的判断或者说《刑法》第 133 条之一是否存在立法漏洞的问题。

二 危险驾驶之危险判断

所谓危险犯,是指以法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪,包括具体的危险犯与抽象的危险犯。具体危险犯和抽象危险犯的区分,可谓众说纷纭。传统观点认为,二者虽然都以危

[10] 其它观点还可参见周详:《“醉驾不必一律入罪”论之思考》,《法商研究》2012 年第 1 期,第 137-143 页;刘仁文:《“醉驾入刑”看情节没有错》,《中国检察官》2012 年第 1 期,第 30-32 页;赵秉志、赵远:《危险驾驶罪辨析与思考》,《政治与法律》2011 年第 8 期,第 14-25 页。这些说法存在明显缺陷。故笔者没有在正文中列出。

[11] 参见殷磊:《论刑法第 13 条功能定位》,《政治与法律》2012 年第 2 期,第 132-139 页。

[12] 参见季卫东:《合宪性审查与司法权的强化》,《中国社会科学》2002 年第 2 期,第 4-16 页;陈力铭著:《违宪审查与权力制衡》,人民法院出版社 2005 年版,第 94 页以下。

险作为处罚根据,但具体危险是构成要素,抽象危险不是构成要素。有的学者则认为,抽象危险是一种立法推定,具体危险则需要司法上具体认定。有的认为,抽象危险是行为的危险,具体危险是“作为结果的危险”。有的认为,二者在危险程度上存在差别。^[13] 立法例也体现出抽象危险犯存在不同类型。在某些场合,抽象危险是指具有发生实害的特别重大、紧迫的危险。如日本《刑法》第 108 条和第 109 条第 1 项和德国《刑法》第 306 条和第 306 条 a 的(建筑物或居住用建筑物等)放火罪,我国《刑法》第 144 条生产、销售有毒有害食品罪等。在某些场合,抽象危险实际上几乎等同于实害,例如,侮辱、诽谤罪。在某些场合,抽象危险比较缓和,亦即距离实害比较远的危险,例如毒品犯罪。因此,要想以单一的实体标准区分具体危险与抽象危险,并不可行。可行的是根据判断方法来区分。“抽象危险的判断,只需要一般性的、类型性的判断;而具体危险的判断,需要个别的、具体的判断”。二者都是现实的危险,因而都需要进行司法认定,只是对作为根据的事实的抽象程度不同。“具体危险都是紧迫的危险……意味着没有发生实害结果属于偶然”,“也被公认为构成要件要素”。主张抽象危险犯中的危险不是构成要素,是一种行为无价值论。“人们之所以认为抽象危险不需要判断……主要是因为立法者凭籍一般的生活经验认定其所规定的行为有抽象危险。但是,这种经验的依据,在有些时候是靠不住的。”例如,在日本和德国刑法中,对现住建筑物或居住用建筑物的放火罪属于抽象危险犯,但日本刑法理论通说和德国理论都认为,倘若房屋价值低廉、没有左邻右舍、行为人确定房屋内没有人,对其实施放火行为,显然不应当成立犯罪。^[14]

上述观点可能存在如下疑问:

其一,混淆了入罪门槛与犯罪形态。抽象危险犯是从处罚根据和入罪的基本条件而言的。日本和德国刑法中的(建筑物等)放火罪都是抽象危险犯,即便对现无人居住或无人所在的建筑物放火,也成立犯罪。其中作为入罪条件的危险显然不可能要求达到重大、紧迫程度。而且,德国刑法还有减轻情节的规定。根据审判实践,要排除纵火行为的公共危险责任,必须“根据事实情况,应当绝对排除一种对自然人的危险”,且行为人“通过绝对可靠的没有漏洞的手段”确实证实了这一点。但即便“被告人曾经努力避免给人造成具体的危险”。^[15] 对于公共安全而言,该行为只可能是一种缓和的危险。从犯罪形态来看,抽象危险犯可能造成的危害结果显然包括了具体危险和实害,如我国《刑法》第 127 条的盗窃枪支罪、第 141 条的生产、销售假药罪等,但这并不足以否定抽象危险犯仅以缓和的危险作为处罚根据。

其二,从区分标准来看,不考虑实体上的差异,而从形式上的判断方法来区分抽象危险与具体危险,其着眼点本身可能存在问题。从理论来说,区分抽象危险犯和具体危险犯的目的,主要是为了揭示出两种不同犯罪类型在构成特征上的差异,并为实体性的违法和责任评价提供基础。仅仅考虑判断方法,显然无助于实现该目的。除非所谓的两种犯罪类型在实体上根本没有什么差别。

其三,即便从判断方法来区分,该标准可能也很难贯彻,或者说也很难对所谓的抽象危

[13] 参见张明楷著:《外国刑法纲要》,清华大学出版社 2007 年版,第 112 页以下。

[14] 此段内容均参见张明楷:《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》,《政法论坛》2012 年第 6 期,第 130-141 页。

[15] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 275 页以下。

险犯和具体危险犯进行区分。因为所谓一般性和类型性的判断最终也只能通过个别的、具体的要素来确定,具体危险的个别的、具体的判断说到底恐怕也是一种经验性、类型性的判断。在进行抽象判断时,该抽取哪些因素,排除哪些因素,标准也不明确。例如,“在没有车辆与行人的荒野道路上追逐竞驶或醉酒驾驶机动车的”,^[16]就不具有抽象的危险。问题在于,既然是道路,就不是荒野,“荒野道路”的概念极其不科学,因此,论者本人也不得不承认,在现代社会,上述情形“极为罕见”。^[17]对于追逐竞驶,论者认为只要“行为具有类型化的抽象危险,并且情节恶劣,就构成犯罪”。“情节恶劣的基本判断标准,是追逐竞驶行为的危险程度。对此,应以道路上车辆与行人的多少、驾驶的路段与时间、驾驶的速度与方式、驾驶的次数等进行综合判断。大体可以肯定的是,如果发生了具体的公共危险,就能够得出情节恶劣的结论。”^[18]从判断方法来看,对于追逐竞驶型危险驾驶罪,完全可以归入具体危险犯的范畴。另外,国内学者大多认为,放火罪是具体危险犯,放火行为是否具有危害公共安全的危险,除了考虑行为的方式或手段外,还要考虑放火对象、环境、自然条件等,这些判断其实也是一种经验的、类型性的判断。

其四,对危险的类型化判断,实际上是关于危险犯的犯罪类型的确认问题。如前所述,这首先应该是立法的任务,应由刑法分则来完成。上文论者的主张在很大程度上是以立法的缺陷为前提,但这明显属于另一个问题,我们不能因为立法可能存在缺陷而一般性的要求由司法代为行使立法权。而且,日本、德国刑法关于放火罪的规定恰恰不能说明问题。因为人们大多认为我国刑法中的放火罪是具体危险犯,根本不存在如德、日等国作为抽象危险犯的缺陷。根据德国《刑法》第 315 条 a 和第 315 条 c 的规定,饮用酒或其他麻醉品或具有其他不适合驾驶的情形,仍然驾驶,因而危及他人身体、生命或贵重物品的,处 5 年以下自由刑或罚金刑。犯该罪而未遂的,亦应处罚。过失造成危险的,或过失为上述行为,且过失造成危险的,处 2 年以下自由刑或罚金刑。第 316 条规定,饮用酒或其他麻醉品,不能安全驾驶交通工具而仍然驾驶,如其行为未依第 315 条 a 或第 315 条 c 处罚的,处 1 年以下自由刑或罚金刑。过失犯该罪的,亦依前款规定处罚。显然,在德国刑法中,只要行为人客观上不能安全驾驶,而仍然驾驶的,不论其主观上是故意还是过失,也不论具体危险的程度,都以犯罪论处。若以此为据,则成立危险驾驶罪就不应该要求对是否存在客观危险进行实际判断。

其五,从《刑法修正案(八)》的立法过程和施行以来的情况看,说醉酒型危险驾驶罪存在立法缺陷,显然没有充足根据,至少在形式上如此。《刑法修正案(八)》的制定经过了立法机关反复多次审议和广泛征求意见。其间,要求明确“醉酒”概念、对醉酒驾驶增加“情节严重”等限制条件的主张一直存在。考虑到醉酒驾车标准明确,与一般酒后驾车的区分界限清晰,并已执行多年,实践中没有发生大的问题。如果再增加规定“情节严重”等限制性条件,具体执行中难以把握,也不利于预防和惩处这类犯罪行为。因此,立法没有采纳该意见。^[19]在《刑法修正案(八)》生效后的第 5 天,最高人民法院就向各地方高院发出紧急通知,要求醉驾入罪要考虑《刑法》第 13 条但书的规定,以危险驾驶罪处理的第一、二起案件

[16] 参见张明楷:《危险驾驶罪及其与相关犯罪的关系》,《人民法院报》2011 年 5 月 11 日第 6 版。

[17] 参见张明楷:《危险驾驶罪的基本问题》,《政法论坛》2012 年第 6 期,第 130-141 页。

[18] 张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 637 页。

[19] 参见李适时:《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉(草案)审议结果的报告》。

要报告最高院,以便最高院总结经验,发布指导性案例。^[20]但自新法从2011年5月1日生效以来,最高院的指导案例却一直没有出台。原因可能在于:其一,在实践中,醉酒驾驶犯罪案件确实很难实现类型化。之所以如此,显然是因为醉酒驾驶的公共危险性难以具体把握和区分。这意味着,要准确界定危险驾驶的危险程度并排除绝对没有危险的行为类型,可能是一件无法完成的任务。这或许可以从反面证明,“在道路上醉酒驾驶机动车”已经足以实现了危险行为的充分类型化。其二,公安部、最高人民检察院等司法行政机关和民众普遍反对醉驾入罪的情节要求。若如此,则进一步证明了醉酒型危险驾驶罪立法的合理性。

其六,国内学者大多认为,放火罪是具体的危险犯,其中的危险应该是紧迫的危险。但从立法目的来看,该罪所保护的是不特定的或多数人的生命、身体法益。对于如此重大的法益来讲,成立犯罪不应该再要求危险达到紧迫程度。

区分两类事物,首先要明了事物本身。从内容上看,关于危险的判断,主要涉及三个方面:是否存在危险、存在什么危险、危险是否紧迫。第二类危险通常不需要司法上判断,因为立法已经通过其体系性安排作出了系统规定,但存在理论解释的问题。对于其他两类危险的判断,人们则往往将其混淆为一个问题。是否存在危险的判断,关系到构成犯罪的問題,其中的危险显然是作为犯罪构成或违法性内在根基的危险。危险是否紧迫的判断,主要是关于危险程度的判断。成立危险犯是否有程度上的要求,要视危险的对象而定,与第二类危险有关。

从形式上来看,《刑法》第114条(放火罪等)要求行为“危害公共安全”,其实质是一种犯罪类型化的要素,要求行为存在公共危险,其目的在于区分罪与非罪、此罪与彼罪。在德、日刑法中,对于建筑物等的放火罪,立法没有规定“公共危险”的要求,表面上与我国《刑法》第114条的规定存在差异,但这恐怕只是一种类型化的方式或程度上的不同而已,成立该罪显然以具有公共危险为前提。德日刑法理论上倾向于认为该罪是一种“准抽象的危险犯”或“抽象的适格性犯罪”,需要从司法上判断是否实际存在对生命、身体的公共危险,^[21]但这并没有从实体上改变放火罪的犯罪构成,并不意味着放火罪要求有紧迫的危险。这显然是因为德、日立法在犯罪的类型化上不够严谨:一方面,立法力图通过对放火对象(建筑物等)的区分来实现犯罪类型的明确化;另一方面,在建筑物这一对象上却没有实现类型化,导致了完全不具有公共关联性的建筑物也包括在内。要注意的是,这一点与我国刑法中的醉酒型危险驾驶罪存在不同。首先,从立法上来看,对醉酒型危险驾驶罪明显不要求对公共危险进行相对具体的判断;其次,德、日(包括我国)刑法中的放火罪是一种相对确定的、静态的犯罪。放火罪的手段、方式具有可预测性,放火的对象相对固定,受环境的影响,存在绝对不具有公共危险的放火行为。醉酒驾驶则是一种极不确定的、动态的犯罪。其一,酒精对人体驾控能力的影响是必然的,但其影响程度与个体酒量大小、情绪、饮酒时间长短、环境等诸多因素有关,很难确定。其二,实际交通状况纷繁复杂。在现代社会,道路交通必不可少,但时段、路况、道路容量、交通流量、限速、个人出行选择、天气等交通因素具有很大的偶然性和不

[20] 赵蕾:《醉驾入罪起争议 最高法院的菩萨心肠》,《南方周末》2011年5月19日第A4版。

[21] 参见克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第278页;[日]大谷实著:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第115页;[日]关哲夫:《作为危险犯的放火罪的检讨》,王充译,载《2005年中日第10次刑事法学术研讨会论文集:危险犯与危险概念》,第127页;[日]大谷实著:《刑法讲义各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第65页。

确定性。两相竞合,使得醉酒驾驶对公共交通的危险及可能造成的后果,事先根本无法绝对排除,也难以评估,更无法控制。因此,只要醉酒驾驶,就必然存在公共危险。

对于放火、盗窃枪支、危险驾驶等犯罪而言,尽管在客观上都可能具有高度紧迫的危险,甚至造成严重实害,但犯罪的成立并不以紧迫危险为要件。从规定方式来看,《刑法》第 114 条仅描述了放火等行为的方式,没有就对象、时空环境等情状作出规定,这不足以体现行为的公共危险性,故立法规定“危害公共安全的”,才构成犯罪。从实际内容看,这里的“危害公共安全”实际上是对行为方式、放火对象、环境等情状的综合性要求。是否危害公共安全,只能通过上述因素来说明。其功能应该定位为一种综合性的、形式的界限要素,但绝非独立的实体性要素。对于盗窃枪支罪等其他犯罪而言,由于立法对行为方式、对象(实为组成犯罪行为之物)、主体状态等的描述足以实现对犯罪的类型化,故立法没有再规定对行为的公共危险性要求。但这些差别只是立法在类型化的程度或方式上的不同,根本不会有什么实质性影响。概言之,只要行为人实施了危及公共安全的放火等类型化的行为,就视为存在公共危险,构成相应的犯罪。这里的危险,只要求一种抽象的、缓和的危险,不需要对具体的规范保护对象造成现实的、紧迫的威胁。

因此,如果要区分抽象危险犯与具体危险犯,还是应以实体上的危险程度为依据。抽象危险犯以缓和的危险为处罚根据,只要行为人实施了类型化的行为即可。在这里,行为的类型化的主要考量因素包括行为的方式或手段、组成行为之物、时空环境等情状因素,不需要存在作为法益载体的具体的行为对象,更不需要行为实际作用于具体对象或对其造成实际影响。有类型化的行为就有危险。行为与危险同一,不需要对危险进行积极判断。正是在这个意义上,该类犯罪是抽象的危险犯。具体危险犯以紧迫的危险作为处罚根据,不仅要求行为人实施类型化的行为,还要求对规范保护的具体对象造成现实的威胁。法益越重大,对危险的紧迫程度要求越低;法益越微小,对危险的紧迫程度要求越高。对于危险驾驶罪而言,在考虑行为的类型化时,不需要考虑具体对象是否出现或受到实际威胁。

对于追逐竞驶型危险驾驶罪,立法要求“情节恶劣”。根据相关说明,所谓追逐竞驶,“就是平常所说的‘飙车’,指行为人以赌博竞技或以追求刺激为目的,驾驶机动车在道路上高速行驶,反复并线,违法超车的行为。考虑到在道路上追逐竞驶,受时间、路段、道路流量、当时的车流量、限制车速等复杂因素的影响,法律规定‘情节恶劣的’才构成犯罪,判断是否‘情节恶劣’,应从追逐竞驶的超速情况和可能造成的危害后果等方面进行认定。”^[22]很明显,这里的“追逐竞驶”内含着特定的主观内容,其基本含义是追赶、超越,竞速行驶。单纯的(超速)开快车、在车流中蛇形穿插甚至违规超车等应排除在外,只有基于对速度的刻意追求、或寻求刺激等不当动机实施的行为才称得上危险驾驶。立法规定此类行为意在禁止将公共道路当作个人放纵的场所,恣意妄为,从而导致危险失控。由于此类行为较为复杂,很难从客观上加以类型化,因此,立法者选择了一种突出主观恶意的描述方式,可谓客观要素的主观化。在实践中,这类行为实际上仍然可以从客观上类型化,如反复近距离危险超车、反复持续近距离并线或并线挑逗、妨害通行、无视交通信号或抢黄灯高速通过等。所谓的情节恶劣,只是意味着此类危险行为在立法上的类型化并不充分,需要司法上对行为的类型进行具体判断;其内容主要表现为不当动机支配下的不当行为。时间、路段、道路容量、车

[22] 黄太云:《〈刑法修正案(八)〉解读(二)》,《人民检察》2011 年第 7 期,第 49-63 页。

流量、限速规定等都是证明行为是否失当的客观因素。与醉驾者往往丧失正常的驾控能力相比,追逐竞驶者通常具有正常或超常的驾控能力,因此,立法只处罚其恣意放纵的危险驾驶行为。是故,立法对追逐竞驶规定了情节要求,但其实质仍然是对行为是否具有(可罚的)公共危险的判断。

另外,同样是抽象危险犯,危险驾驶罪法定刑的配置远远低于《刑法》第114条的最低刑,之所以如此,除了因为“增设此罪原本就存在争议”外,^[23]其主要原因恐怕不是因为危险驾驶罪可能的危险程度低于《刑法》第114条的放火等犯罪,而是因为危险驾驶罪中,驾驶行为本身是一种被允许的危险行为,具有正当性,只是因为行为人的驾驶方式等超出了被允许的危险范围,才构成犯罪。这里存在法益衡量和违法性削弱的问题(即前文所述对第二类危险的解释问题),而放火罪等以危险方法危害公共安全的犯罪则通常不存在这种情况。正因为如此,危险驾驶类犯罪的整体违法性和责任都应该轻于《刑法》第114条的以危险方法危害公共安全的犯罪。而且,作为《刑法》第133条之一的具体罪名,危险驾驶罪显然只能包容抽象的危险。倘若危险驾驶造成重大危险或者紧迫危险时,可能要适用《刑法》第114条的规定。

三 犯罪结果

大陆法系和国内刑法理论通说都认为,犯罪结果包括行为对法益造成的实害和危险。从法定刑的配置来看,《刑法》第133条之一第1款危险驾驶罪中的客观危害显然只能是一种抽象(缓和)的危险。因此,危险驾驶罪中的结果是抽象危险,结果从危害程度上有实害、具体危险和抽象危险之分,似乎也就是一种顺理成章的结论。该观点显然也得到了国内不少学者的支持。

有学者提出,《刑法》第114条(危险犯)和第115条第1款(实害犯)同时存在两种关系:其一,未遂犯与(普通的)结果犯。此时,行为人对放火、爆炸等危害公共安全的行为可能造成的危害不特定或者多数人的伤亡实害结果持故意;其二,基本犯与结果加重犯。此时,行为人对放火、爆炸等危害公共安全的行为可能造成的危害公共安全的具体危险具有故意,对发生的伤亡实害结果具有过失。“基本犯为危险犯,实害犯为结果加重犯的现象,为刑法理论所公认”。^[24]有的学者进而提出,客观上的确存在一种作为故意的抽象危险犯的醉酒驾驶行为,其罪质应轻于《刑法》第114条规定的故意的具体危险犯,重于作为过失实害犯的交通肇事罪,但立法对危险驾驶罪仅仅规定“处拘役,并处罚金”,其法定刑的配置远低于交通肇事罪。如果将其认定为故意的抽象危险犯,明显罪刑失衡。“在行为人通过醉酒驾驶行为故意给公共安全造成了抽象危险的情况下,完全可以将其视为以危险方法危害公共安全罪的未遂犯,将《刑法》第114条和《刑法》第23条结合起来,就可以处罚行为人”。因此,不应该将危险驾驶罪解释为故意的抽象危险犯,而只能认定为过失的抽象危险犯。^[25]

但是一位论者却认为,将危险驾驶罪确定为故意的抽象危险犯,并不会造成罪刑关系失

[23] 参见张明楷:《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》,《政法论坛》2012年第6期,第130-141页。

[24] 参见张明楷:《危险驾驶的刑事责任》,《吉林大学社会科学学报》2009年第6期,第24-35页。

[25] 冯军:《论〈刑法〉第133条之一的规范目的及其适用》,《中国法学》2011年第5期,第138-158页。

衡。因为《刑法》第 114 条是故意的具体危险犯,作为抽象的危险犯,危险驾驶罪的法定刑理当轻于《刑法》第 114 条。《刑法》第 133 条原本只是过失的实害犯,其行为原本就存在具体危险,故其违法程度和法定刑应当重于危险驾驶罪。刑法增设危险驾驶罪后,交通肇事罪由原来的单一性过失犯罪,演变成两种类型,其中之一便是危险驾驶罪的结果加重犯。亦即,故意危险驾驶,但过失致人伤亡。^[26]

在上述罪质比较中,第二位论者明显存在偷换概念的问题:当认为作为故意抽象危险犯的某种事实上的醉酒驾驶行为的罪质重于交通肇事罪时,其中的客观危害和结果显然不仅仅限于抽象的危险;当认为《刑法》第 133 条之一的危险驾驶罪的罪质轻于交通肇事罪时,其中的客观危害和结果明显是指法定刑局限之下的抽象危险。根据第一位论者的观点,实害、具体危险和抽象危险在危害程度或不法属性上依次递减。若依此逻辑,则《刑法》第 114 条的违法性应轻于《刑法》第 133 条,但实际情况却恰恰相反。二者的主要差别在于:前者是故意,后者是过失。难道仅仅是因为主观罪过的不同,使得客观违法性轻得多的犯罪的整体罪质远远超出了客观违法性重的犯罪,这是否有主观归罪之嫌?根据主客观相统一的原理,客观违法是主观支配下的结果,主观决定客观,客观征表主观。既然所造成或可能造成的客观违法性要轻,对其起支配作用的主观责任为何却更重?或者反之,倘若主观罪过重,其所支配下的行为造成的客观违法为何却更轻?难道违法与责任、主观与客观之间毫无关联。又或者是违法性与责任之外的其他因素影响了行为的整体罪质,比如说,故意犯罪的预防必要性要远远大于过失犯罪?但这明显不合理。因为犯罪的基本构成要素之外的因素不可能也不应该从根本上影响其罪质。对此,论者也主张,刑罚必须与罪行的轻重相适应,以防止为了追求预防目的而出现畸重的刑罚。^[27]显然,在这里,只有一种可能性,即比较的对象出了问题。倘若我们将《刑法》第 114 条和第 115 条第 1 款作为以危险方法危害公共安全罪的整体类型或一种类型,相应地,尚未造成实害、不以犯罪论处的普通交通违法行为和交通肇事罪作为一种类型,则不论是客观违法性还是主观责任,前者都要重于后者:前者处罚仅仅存在公共危险的行为,后者不处罚危险行为;前者重罚造成实害的行为,后者对造成实害的行为的处罚则轻得多。前述论者观点的根本缺陷在于,将抽象危险、具体危险和实害视为三种互不相关的静态的结果,从而割裂了对行为客观危害和不法属性的整体评价。

在笔者看来,危险结果(包括抽象危险和具体危险)的概念至少存在如下明显疑问:

其一,从概念逻辑来看,将结果界定为实害或实害的危险,意味着实害是结果,实害发生的可能性也是结果。倘若先假设实害是结果,则实害发生的可能性意味着结果发生的可能性;将实害发生的可能性界定为结果,意味着结果发生的可能性也是结果。也即,结果是结果,结果发生的可能性也是结果。概念前后不同。

其二,从哲学上来看,现象与本质、原因与结果是两对基本范畴。所谓本质,是指事物的根本性质,是事物内部相对稳定的联系;现象是事物的外部联系和表面特征,是本质的外在表现。现象是感性直观的对象,本质则需要理性认识。产生另一现象的现象是原因,由原因引起的另一现象是结果。因果关系是客观事物普遍联系和相互作用的形式之一。^[28]显然,

[26] 张明楷:《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》,《政法论坛》2012 年第 6 期,第 130-141 页。

[27] 参见张明楷:《危险驾驶的刑事责任》,《吉林大学社会科学学报》2009 年第 6 期,第 24-35 页。

[28] 参见:《辞海》(1999 年版缩印本(音序)),上海辞书出版社 2002 年版,第 92 页,第 1848 页,第 2100 页。

原因、结果本身是现象的范畴,但原因与结果之间的关系,即因果“联系”则属于本质的范畴。作为犯罪构成客观要素,危害行为与危害结果无疑属于现象的范畴,其在诉讼实践中主要对应于并体现为客观的物质性的证据,属于感性直观的对象。危险作为一种可能性,实际上是行为与结果之间的客观联系,属于因果之间的“联系”。将危险作为结果,混淆了因果之间的联系和因与果本身。

国内通说认为,法益侵害的危险是独立于行为之外的一种客观状态。这种危险具有“现实的可能性”,“有具体的事实可察,而不是人们的主观的随意推定”。^[29] 在这里,“状态”无疑是一个极具迷惑性的词汇。从概念上来看,状态是指“人或物表现出来的形态”,如心理状态,液体状态;形态是指“事物的形状或表现”。^[30] 显然,“状态”是一个描述性词汇,它既可能是对某种客观的、物理特征的描述,也可以是对某种主观的、心理特征的揭示。“危险”应该是对心理感受的描述。从判断方式来看,危险“状态”显然不是一个自证自明的东西,它自身欠缺一种本体性存在,对危险的认知是人们通过经验法则推断的结果,属于理性认识的范畴。从判断的时间来看,对危险的判断既可能在事前、事中进行,也可以在事后进行。在因果关系中,原因在前,结果在后,但对危险判断的事后性并不能表明危险就是结果。因为,对危险的判断也完全可以在事前进行。从判断的依据来看,人们需要综合考虑行为人的举动(行为方式)、对象、时空环境及其他附随情状等因素,才能判断某种危险是否存在。而人的举动(行为方式)、对象、附随情状等因素无疑是组成行为不可或缺的东西,是行为本身的内容。剥离了上述因素,行为也就不复存在。^[31] 也就是说,危险是伴随着实行行为而产生的,也必然随着实行行为的终结而消除:要么危险实现实害产生,要么危险消灭。不可能存在实行行为实施完毕,危险仍然存在的情况。这里的关键在于,行为不仅仅止于行为人的举动,还包括该举动作用于特定对象或借助于其他条件并发生效力的整个过程。因此,危险不可能脱离行为而存在,对危险的判断实际上是对行为本身属性的判断。另外,危险作为一种“现实”的或客观存在的状态,或实害发生的“现实可能性”,并不意味着危险是一种现实的、物质性的存在。事物或现象之间的普遍的因果联系或因果规律是一种客观存在,但这种客观性只是相对于人的主观认知而言的。即不论人们主观上是否有认识,这种联系或规律都是存在的。这种客观存在只能借助于人们的理性认识才能把握。它并没有实体的物质性的存在形式,只能存在于人们的主观认识当中。因此,即便作为一种“状态”,危险也只能是人的一种主观判断。

其三,因果关系的发展表现为一个渐进的过程,从行为着手实行到最终(实害)结果发生之前的整个过程中,都存在实害发生的危险。若危险是结果,则在该过程中充斥着无数的结果。对犯罪的认定而言,这无数的犯罪结果显然无法把握,也不具有决定性意义。另外,若以危险状态作为犯罪既遂的标准,则在因果进程中要么可能存在无数的既遂标准,要么无法确定犯罪既遂的时点。

其四,根据现代刑法理论,任何犯罪的成立在客观上都必须具备法益侵害的危险。若危险是结果,则任何犯罪都有犯罪结果;若危险结果的出现是犯罪既遂的标准,则所有的犯罪

[29] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社1999年版,第137页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第166页。

[30] 参见:《现代汉语词典》,商务印书馆1983年版,第1112页,第1523页,第1289页。

[31] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第163页。

都是犯罪既遂。如果将危险状态或者危险结果限定为具体的或紧迫的危险,则无法说明同样是实害发生的可能性,为什么抽象的或缓和的危险不是结果。所谓抽象的、缓和的危险与具体的、紧迫的危险之间,充其量只是危险的程度不同,不可能有什么实质性的差异。

其五,对于造成或可能造成实害的犯罪而言,在实害结果发生之前,必然存在实害发生的具体的或紧迫的危险。若以具体的危险或危险状态作为犯罪既遂的标准,则必然导致所有犯罪的既遂状态提前。而且以危险状态作为犯罪既遂的标准明显违背常识与事实:对于直接故意犯罪的行为人而言,实施行为绝不可能是为了追求某种危险状态。如果某种行为仅仅只能止于某种危险状态,则该行为毫无意义可言。再者,将具体的、紧迫的危险作为结果,将导致实行行为与结果无法区分。因为实行行为往往是具有法益侵害的紧迫危险的行为,有行为必然有危险,无危险则无行为。另外,若危险是结果,则实害只能是加重结果,若如此,则所有的犯罪都可能成为结果加重犯。按照一些论者的逻辑,不仅危险犯和实害犯之间,即便抽象危险犯和具体危险犯之间都将同时存在未遂犯和既遂犯(结果犯)、基本犯和结果加重犯两种关系。^[32] 以此推论,则实行行为将会相对并逐步提前,传统的预备行为和实行行为的区分将不复存在,对犯罪的处罚范围将会陷入一种无限扩张之中。

其六,在我国《刑法》总则第二章有关“犯罪”的规定中,明确涉及危害结果或犯罪结果概念的条文共有 6 条。其中,第 14 - 16 条是关于故意、过失、不可抗力和意外事件等主观心态的规定。第 14 条和第 15 条中关于结果的概念表述为“危害社会的结果”,第 16 条将结果表述为“损害结果”。前一种表述关系到行为人是否具有故意、过失等主观罪责,因此,关于结果的表述含有价值评判色彩,即突出了结果的“危害性”;后一种表述是关于无罪过事件的规定,因此,关于结果的表述明显使用了一种中性的词汇:“损害结果”。抛开概念中的价值属性,则对该三个法条关于“结果”概念的客观内容的规定明显应当作一致的理解,即这三个法条是关于行为人对其行为在客观上造成的“损害结果”在主观上持何种心态的规定。这里的“损害结果”显然只能理解为实害。倘若将结果界定为具体或紧迫的危险,则犯罪未遂作为一种没有发生犯罪结果的犯罪形态,至少应该存在抽象的或缓和的危险,但这必然导致犯罪未遂和犯罪预备之间无法区分。倘若从实质上区分犯罪预备与犯罪实行,将实行行为界定为是具有法益侵害的现实、紧迫危险的行为,则未遂犯和实行中止犯必然会存在具体或紧迫的危险,这里的危险,显然不可能是结果。

“危险概念是一个危险的概念”,^[33]“危险结果”的概念明显混淆了危险与结果。这样一个明显违背逻辑、常识与法理的概念之所以会成为大陆法系刑法理论的通说,其主要原因可能是基于以下两点:

第一,德国、日本刑法典中都有关于危险犯未遂的规定,相对于未遂形态而言,这些危险犯当然被视为既遂形态,其中的危险自然也就被视为了犯罪结果。问题在于,这些规定有未遂的危险犯明显属于例外性规定,而且,这种例外规定根本没有、也不足以改变犯罪结果的

[32] 对此,冯军教授其实是明确认可的。例如,冯军教授认为,对于醉酒驾驶的故意抽象危险犯,应该按照以危险方法危害公共安全罪的未遂论处,因此,危险驾驶罪是过失的抽象危险犯,对于过失的具体危险犯,应作为危险驾驶罪的从重处罚情节来考虑。张明楷教授则显得有所保留。参见冯军:《论〈刑法〉第 133 条之一的规范目的及其适用》,《中国法学》2011 年第 5 期,第 138 - 158 页;张明楷:《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》,《政法论坛》2012 年第 6 期,第 130 - 141 页。

[33] [日]木村龟二著:《新刑法读本》,法文社 1959 年版,第 263 页,转引自张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 166 页。

基本概念。根据德、日两国刑法的明文规定,犯罪未遂以着手实施实行行为为前提。这意味着,这些危险犯及其未遂形态,原则上都处于犯罪实行阶段。^[34]

第二,在刑法基础理论中,历来存在客观主义与主观主义、结果无价值论与行为无价值论等基本立场上的对立。对立的结局是客观主义取得基础性地位,一元的行为无价值论受到普遍否定。根据客观主义,若过于重视犯罪人的主观危险性,必然导致刑罚的恣意扩张。“对于未完成犯罪来说,如果设置客观主义的安全阀,那么,犯罪就应该是:虽然未达既遂,但引起了被认为对社会有害的状态之时。在这一意义上,预备罪及未遂罪也需要广义上的‘结果’。”^[35]根据当前流行的结果无价值论或者二元论,^[36]犯罪或违法的本质首先或主要在于结果无价值。对于未遂犯等以法益侵害的危险作为处罚条件的危险犯而言,倘若不承认危险是结果,则意味着这些犯罪可能欠缺结果无价值,或者说,这些犯罪成立的实质依据是行为无价值。这与主流理论无疑相互矛盾。问题在于,客观主义并不排斥主观主义,也不必将其等同于“结果主义”。将作为预备犯罪、未遂犯罪处罚根据的危险视为结果,充其量只具有标签意义,即征表行为人主观恶意的现实化,并不意味着存在真正实体意义上的有害结果。同样,结果无价值论并不等同于结果论,并不要求所有犯罪都存在无价值的结果。比如说预备犯,对于预备行为所具有的法益侵害的危险,不论行为无价值论还是结果无价值论都认为属于行为的危险,系行为的属性。倘若结果无价值论并不等于结果论,那么,结果无价值论的意义究竟何在?它和行为无价值论的对立是否还会存在?对于危险犯而言,如果危险不是结果,而只意味着结果发生的可能性,则该危险为什么只能归于结果,视为结果的属性,而不能归于行为视为行为的属性呢?如果承认危险犯存在结果无价值,这里的结果无价值显然不具有本体论上的意义,因为根本不存在实体上的无价值的结果。如果说结果无价值仅仅具有方法论的意义,仅仅是一个观察视角的问题,则其与行为无价值论之间根本就不该存在对立。对同一个事物,可以从不同角度进行观察,并可能得出不同结论,这些结论当然是可以同时共存的。对于违法性的本质,既可以从结果的角度来观察,也可以从行为的角度来思考。国内外刑法理论在这个问题上往往走向极端,自觉或不自觉地将结果无价值论和行为无价值论置于对立或冲突的境地。德国刑法理论中的行为无价值论的法益化和去道德化的趋势也表明,行为无价值论与结果无价值论之间完全可以同时共存。

显然,在德、日刑法中,“危险结果”的概念只具有技术性或者方法论上的意义,但人们在使用该概念时,却不自觉地将其实体化。因此,在评价危险驾驶罪的客观危害和主观罪责时,同样应将其置于危险驾驶类犯罪的整体犯罪类型中。该罪的犯罪结果,应该是人身伤亡的重大实害,而非作为处罚根据的危险。普通交通违法行为只有在造成严重实害结果时才处罚,而危险驾驶则可以处罚造成实害前的危险行为。之所以如此,其根据只可能在于后者

[34] 参见[日]野村稔:《刑法中的危险概念》,载[日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,中国·法律出版社、日本国·成文堂1997年联合出版,第271-272页;[日]山口厚:《危险犯总论》,王充译,载《2005年中日第10次刑事法学术研讨会论文集:危险犯与危险概念》,第1-2页;[日]大谷实著:《刑法讲义各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第389页。德国、日本刑法理论都认为,预备犯、阴谋犯和未遂犯的故意都必须是以既遂为目标的故意。这也意味着,危险犯中的结果不可能是危险。参见[日]松宫孝明著:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第174页;张明楷:《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》,《政法论坛》2012年第6期,第130-141页。

[35] [日]松宫孝明著:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第176页。

[36] 参见张明楷:《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》,《中国社会科学》2009年第1期,第99-115页;陈璇:《德国刑法学中的结果无价值论与行为无价值论二元论及其启示》,《法学评论》2011年第5期,第65-74页。

造成实害的危险(及相应的罪责)要远远高于前者。

四 主观罪过

我国《刑法》第 14 条关于犯罪故意的规定,采取的标准是结果本位和容忍说,即行为人明知自己的行为会发生危害结果,而希望或者放任该结果发生时,即为故意。这里的结果,通常是指实害结果。第 15 条第 2 款要求:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”。《刑法》第 133 条之一没有任何能够表明过失的用语。^[37] 因此,危险驾驶罪是故意犯罪,这一点在刑法解释论上应该没有什么疑问。^[38] 但对于其故意的内容,主要是主观意欲的对象究竟是实害还是危险,则大多语焉不详,或者刻意回避。^[39] 另外,根据《刑法》第 133 条之一第 2 款的规定和司法传统,对于危险驾驶造成重大伤亡实害的行为,人们几乎一致认为,该情形既可能构成以危险方法危害公共安全罪,也可能构成交通肇事罪。^[40] 但在危险驾驶已经单独入罪的情况下,该观点存在明显疑问:符合一个具体构成要件的类型性的行为,即危险驾驶行为,在造成相同结果的情况下,却可能构成两种不同的犯罪。也就是说,一个罪名之下的一个类型性的行为,却包括了两种不同的犯罪形态。这意味着立法在犯罪的类型化上可能存在分类不彻底的问题或者说将故意和过失两类不同的犯罪规定为一个犯罪类型。当然,在这里,问题的存在是以传统故意标准中的结果本位和实害故意为前提。倘若改变故意的认定标准,是否就不存在上述疑问了呢?

论者指出,危险驾驶罪的故意表现为行为人对其行为可能造成的抽象危险的希望或者放任心态。当行为人不仅对抽象危险具有故意,而且对造成的具体危险具有故意时,应按照《刑法》第 114 条的以危险方法危害公共安全罪论处,倘若因此而造成实害结果,则适用《刑法》第 115 条第 1 款的规定处罚。当行为人对实害结果持过失时,属于《刑法》第 114 条的结果加重犯,当行为人对实害结果持故意时,可视为《刑法》第 115 条第 1 款的普通的结果犯,也可视为第 114 条的故意的结果加重犯。当行为人对抽象危险具有故意,但对行为造成的具体危险和严重实害具有过失时,应按照《刑法》第 133 条的交通肇事罪论处。在这里,《刑法》第 133 条之一与《刑法》第 133 条和刑法第 114 条(进而与刑法第 115 条第 1 款)之间都可以是基本犯和结果加重犯的关系。疑问在于:是否存在行为人对(具体)危险持故意,对实害持过失,或者对抽象危险持故意,对具体危险持过失的情形。按照该论者观点,“如果行为人在醉酒驾驶的整个过程中,没有车辆和行人出现,就不应当认为有抽象危险;只要在

[37] 参见张明楷:《罪过形式的确定》,《法学研究》2006 年第 3 期,第 98-111 页。

[38] 对此,国内学界也有少数异议。参见冯军:《论〈刑法〉第 133 条之一的规范目的及其适用》,《中国法学》2011 年第 5 期,第 138-158 页;刘宪权、周舟:《危险驾驶罪主观方面的刑法分析》,《东方法学》2013 年第 1 期,第 28-36 页;谢望原、何龙:《“醉驾型”危险驾驶罪若干问题探究》,《法商研究》2013 年第 4 期,第 105-116 页;张红梁、钱学敏:《严格责任下的醉驾型危险驾驶罪》,《西南政法大学学报》2012 年第 3 期,第 38-44 页。相关反论参见张明楷:《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》,《政法论坛》2012 年第 6 期,第 130-141 页。

[39] 参见曲新久:《醉驾不一律入罪无需依赖于“但书”的适用》,《法学》2011 年第 7 期,第 13-17 页;戴玉忠:《醉酒驾车犯罪相关法律规定的理解与适用》,《检察日报》2011 年 6 月 20 日第 3 版。

[40] 参见刘明祥:《有必要增设危险驾驶致人死伤罪》,《法学》2009 年第 9 期,第 10-15 页;高贵君、韩维中、王飞:《〈关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见〉的理解与适用》,《人民司法》2010 年第 1 期,第 35-37 页;张明楷:《危险驾驶的刑事责任》,《吉林大学社会科学学报》2009 年第 6 期,第 24-35 页;黄太云:《〈刑法修正案(八)〉解读(二)》,《人民检察》2011 年第 7 期,第 49-63 页。

此过程中有车辆和行人,就应当认定具有抽象危险”。这里的抽象危险意味着冲撞车辆和行人的可能性。倘若行为人对此具有故意,意味着行为人知道路上可能会有车辆和行人,可能会冲撞车辆和行人,并对此具有希望或者放任心态。但是,倘若行为人对冲撞的可能性持放任心态,一旦这种可能性真的出现,抽象危险便转化为具体危险,这里的具体危险的发生显然是行为人放任的结果,对此结果,行为人又怎么可能是过失呢?一旦冲撞发生,人员伤亡几乎不可避免,具体危险转化为实害结果。该实害结果显然也是行为人对先前具体危险放任的结果,对此结果,行为人同样不可能是过失。这与故意伤害致死之类的典型的结果加重犯根本不同。在故意伤害(致死)罪中,伤害结果发展为死亡结果,并不具必然性,对伤害结果的认知与放任并不等同于对死亡结果的认知与放任。在危险驾驶罪中,不论是抽象危险,还是具体危险,都是以实害结果为唯一指向,三者具有内在的一致性。根据笔者观点,所谓的危险,根本不是结果,只是结果即实害发生的可能性。所谓的实害,是指危险的具体实现。放任危险的发生,意味着对实害发生的可能性听之任之,也就是说,对危险的具体实现,即实害的发生持放任的心态。这正是犯罪故意的应有内容。任何犯罪,在行为尚未完成,结果尚未发生之前,行为人的主观心态或故意都只是针对结果发生的可能性而言的。^[41]

因此,“危险故意”标准和“结果加重犯”理论看似自圆其说,实则不合逻辑。对抽象危险的故意与具体危险和实害故意内在一致,三者完全相通,本质上属于同一故意内容。“结果加重犯”也只是一个子虚乌有的说法。显然,问题的关键并不在于传统的实害结果概念和“实害故意”标准本身,而在于该标准的具体适用。也即,危险驾驶者对自己的危险驾驶行为可能造成的实害结果究竟是故意还是过失,该如何具体区分与判断。这决定着危险驾驶罪的立法是否存在类型化的缺陷或危险驾驶实害犯两分的通说是否合理。说到底,这里涉及到的仍然是一个传统的刑法问题:罪过的判定或者故意与过失的界分。

罪过形式的判定,主要表现为间接故意与轻信过失的区分。在德国,自19世纪末期以来,相关学说的发展“几乎已到了各说各话的地步”,各类主张,如容认说、漠然说、可能性说、概然说等,至少有十四种之多。从形式上来看,这些学说最终仍然分属于两类:意欲说和认识说。认识说表面上主张意欲要素无用论,强调行为人认识到结果发生的可能性或行为本身的风险仍决定行为时,即为故意,但客观行为或行为决定背后实际内含着行为人的主观意欲。因此,各说尽管表述各异,但其“意思所指实无分轩轻”,具体“结论可能并无不同”。从内容来看,各说基本上都认为,当行为人认识到结果发生的可能性(行为风险),且真的相信结果可能发生时,仍然决定实施行为(即便不希望该结果发生),表明行为人具有故意;当行为人认识到结果发生的可能性,但根据自己的经验、能力等相信结果不会真的发生时,行为人主观上是过失(故而轻信过失实际上是一种无认识的过失)。若只是单纯寄望于幸运、第三者等偶然因素而希望结果不发生,仍然成立故意。争议之处在于,当行为人认识到行为可能导致结果发生,但不认真对待,漠然视之、轻率而为,是成立故意还是过失。从理论视角来看,上述各说主要着重于从本体论的角度,力图将间接故意的心理结构,包括认识,尤其是意欲要素,描写得较为“逼真”、“透彻”,^[42]但关键在于,人的心理,不论认识或意欲,属于主

[41] 参见许玉秀:《客观的故意概念?——评德国的间接故意理论》,载许玉秀等著《主观与客观之间》,春风旭日论坛——刑事法丛书系列0,作者出版发行1997年版,第154页。

[42] 参见许玉秀:《客观的故意概念?——评德国的间接故意理论》,载许玉秀等著《主观与客观之间》,春风旭日论坛——刑事法丛书系列0,作者出版发行1997年版,第45页以下。

观的内在的东西,司法实践需要的是客观的外部的判断,单纯的心理描述显然不足以解决实际问题。因此,关于罪过的适用,更多地是方法论上的问题,即如何从实证的角度,明确罪过判断的具体依据或相关考量因素。

关于罪过(或罪责)的实质,大陆法系历来有心理责任论和规范责任论之分,后者是通说。心理责任论认为,罪过的实体“是指行为人与行为和结果之间的心理关系”,包括故意与过失两种形态。规范责任论认为,罪过不仅仅只是心理关系,作为一种非难可能性,它还包括规范的评价的要素,即能够期待行为人在当时具体情况下实施合法行为,而不实施违法行为,具有他行为的可能性。根据规范责任论的观点,罪过的实质意味着某种规范的评价,它涉及“被评价的客体”和“对客体的评价”两个方面的问题。也就是说,所谓的罪过,就是依照某个价值判断标准对某个对象事实所作的否定性评价。行为人之所以具有罪过,是因为其主观上具有某种心理状态,某种心理状态之所以被视为罪过,离不开一定的评价标准。因此,罪过必然是“被评价的客体”和“对客体的评价”的结合,二者缺一不可。在这里,评价的对象或被评价的客体与赖以评价的标准之间必然具有内在的一致性,否则根本无从评价。要知道,法律本身并不创造什么,它只是依据一定的标准选择、确认一些对象事实,从而赋予其一定效果。某种心理状态之所以被谴责,只能是因为其本身具有或者内含着可谴责性。^[43]因此,故意、过失本身必然内含着规范的要素,即他行为的可能性。也就是说,故意、过失等心理状态作为一种事实,与作为评价标准的期待可能性或他行为的可能性这一规范要素之间存在内在的一致性。规范责任论批判心理责任论,认为将罪过的本质限于行为人的心理关系之中,无法解释阻却责任的紧急避难事由,这显然是将行为的附随情状(紧急的危险事态)排除在了故意的认知和意欲之外,人为地限制了心理关系的内容。另外,现代刑法理论一方面将期待可能性作为故意、过失之外的独立的责任要素,另一方面又认为行为人具有故意、过失时,原则上就具有责任,不需要对期待可能性作积极证明(只有在例外情况下,才将缺乏期待可能性作为责任阻却事由),这种自相矛盾的说法,显然也是因为没有理顺事实与规范之间关系的缘故。

在实践中,行为人的内在心理表现为客观外在的主观内化和主观内在的客观外化的过程(甚至可能是一个不断交替的过程),司法者对该心理的认定则表现为一种对主观内在的单向地客观推定和逆向解析的过程。具体而言,在犯罪过程中,行为人通常是基于对行为方式、手段、对象、时空环境或其他附随情状等外部客观事实的认知,依据个体经验和人格能力等作出主观判断和选择。其中,客观事实特征决定结果发生的可能性或行为风险。个体经验和人格能力源于主体自身所受到的外部教育和在过往生活阅历中获得的内部体验,其内容主要是关于行为认知和是非判断的问题,即某种行为是否会造成某种结果、是否有害、能否加以控制、是否应该实施,其核心主要是一种有关风险认知和行为选择的规范意识,它内化于主体的人格特征之中。从形成过程来看,个体自身的规范意识与社会大众的规范意识和规范要求通常是一致的。对于一个正常的理性的人来讲,社会也应该要求其规范意识、尤其是规范选择与社会保持一致。这也正是罪过或刑罚制裁的理性之所在。事实上,人们在判断行为人是否认识到结果发生的可能性,是否真的认为结果可能发生时,所依据的标准正是社会大众的规范意识和要求。

[43] 参见李文建:《罪责概念之研究——非难的实质基础》,载许玉秀等著《主观与客观之间》,春风旭日论坛——刑事法丛书系列2,作者出版发行1998年版,第39页以下,第299页以下。

在判断行为人的主观罪过时,其考量因素主要包括两个方面:其一,行为的客观风险;其二,个体的规范意识或社会的规范要求。行为的客观风险越高,认知风险的可能性越大,社会的规范要求越高;行为的客观风险越低,认知风险的可能性越小,社会的规范要求越低。认识到结果发生的可能性,但漠然视之,是否应认定为故意,主要取决于国家的刑事政策和现实的规范需求。行为的客观风险相对容易确定,但也会随着行为客观条件的变化而变化;个体或社会的规范意识或规范要求较难把握,而且会随着客观情势的变化而变动不居。个体的规范意识和社会的规范要求之间可能会出现不合拍并逐步趋同的过程。

根据理论和实务通说,“在现实生活中,‘醉驾’者一般都不会希望撞死撞伤人等事故发生,大多是轻信这种结果能够避免,充其量只是放任这种结果发生。当然,如果‘醉驾’者主观上的轻信不具有客观根据”或“有充分的证据证明行为人对危害结果的发生持希望或放任态度”,如“严重醉酒导致无法控制车辆,开车在道路上横冲直撞,致多人死伤”,或醉酒驾车发生一次碰撞后,继续驾车行驶以致再次肇事,冲撞车辆和行人,造成更为严重的后果,“否则,难以认定其主观上具有危害公共安全的直接故意或间接故意”。因此,对“飙车”和“醉驾”致人死伤的案件,“只有极少部分才有可能勉强”按以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,“对其中的绝大部分犯罪案件,还是只能按交通肇事罪处罚”。^[44]从判断方法来看,该说具有以下突出特征:其一,在故意与过失的区分上,该说依据的主要是一种传统的生活经验和伦理观念,是对过往生活中所形成的一种习惯性判断和规范意识的简单延续,而没有充分考虑现代社会生活的变化所带来的可能影响。其二,在故意的成立和认定依据上,该说具有极大的偶然性和不确定性。很多严重醉酒者并没有开车在道路上横冲直撞,但一头扎进人堆,或者直接撞毁在路边,或者有的严重醉酒者一次肇事就造成严重伤亡,根本就没有二次肇事的机会,或者二次肇事并不严重,但车辆撞毁,或者两次肇事都没有造成严重伤亡。其三,在故意的认定时点上,该说明显是着眼于事发当时醉驾者(对实害)的心理态度,而没有或者较少考虑事发前行为人的醉酒行为和醉驾选择。这种判断方法必须要解决的首要问题是“事发当时醉驾者是否具有犯罪能力”。在这个问题上,该说明显缺乏客观审慎的论证,而显得过于主观武断。^[45]现代医学和心理学的研究已经得出一个近乎常识的结论:醉酒会导致人的控制能力和认知能力的明显削弱,严重者会导致昏迷乃至死亡。^[46]

或许正是考虑到通说的不足,有论者转向了“危险故意说”,认为对于危险驾驶犯罪,“单纯从故意、过失的角度划分很困难,不如着眼于从客观上划分和判断”,而且,“即使可能单纯从主观上做出划分,也会很牵强,即在许多场合不得不将没有‘放任’态度的行为,也认定为具有‘放任’态度”。例如,“一些危险驾驶行为(如在封闭的高速公路上逆向高速行驶),本身就造成了高度的具体公共危险状态”,行为人“只是对具体的公共危险具有故意,并不希望和放任伤亡实害结果发生”。这些行为,“即使没有发生伤亡实害结果,也应当适用《刑法》第114条,按照以危险方法危害公共安全罪论处”。^[47]在这里,客观判断与主观判

[44] 参见刘明祥:《有必要增设危险驾驶致人死伤罪》,《法学》2009年第9期,第10-15页;高贵君等:《〈关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见〉的理解与适用》,《检察日报》2011年6月20日第3版。

[45] 在2009年9月11日最高人民法院《关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》及其附带公布的两起指导案例中,这一点尤为明显。

[46] 参见司法部司法鉴定科学技术研究所著:《毒(药)物中毒鉴定理论与实践》,中国检察出版社2001年版,第85页;张丽卿著:《司法精神医学》,中国政法大学出版社2003年版,第113页。

[47] 参见张明楷:《危险驾驶的刑事责任》,《吉林大学社会科学学报》2009年第6期,第24-35页。

断、危险故意与实害故意之间似乎毫无关系。即便从结论上得出了故意犯罪的前提判断,但仍然否定行为人对实害结果的故意心态。究其根本,恐怕也是传统观念使然。^[48]

在《刑法修正案(八)》颁行前,不少学者提出立法建议,主张增设“危险驾驶(致人死伤)罪”。核心理由是:“飙车”和“醉驾”致人死伤的案件,同普通的交通肇事案相比,行为的危险性更大,危害后果往往更严重,行为人的主观恶性和人身危险性也更大,社会公众对这类犯罪更为痛恨。因此,有必要处更重的刑罚。对于这类案件,绝大多数难以认定为(故意)以危险方法危害公共安全罪。交通肇事罪最高通常只能处 7 年有期徒刑,处罚明显过轻,而且,交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪区分的关键即间接故意与过于自信过失的区分是司法实践中的一大难题。因此,增设新罪不仅从根本上避免了处罚过轻不足以威慑和预防此类犯罪发生的问题,而且还可能有效防止司法实践中把交通肇事罪当作以危险方法危害公共安全罪定罪处罚的现象发生。^[49] 这类观点的主要疑问是:其一,既然“飙车”、“醉驾”行为客观上的危险性和行为人的主观恶性和人身危险性比普通的交通肇事案更大,为何仍然只能认定为过失犯罪。在故意和过失两分的情况下,比过失的主观恶性和人身危险性更重的罪过,为何不能认定为故意。在明知行为存在造成实害的高度危险性的情况下,仍然决定实施该行为,即便行为人并不希望结果发生,也完全存在认定为故意的可能。其二,不区分故意与过失,从而使得危险驾驶(致人死伤)罪既包括过失(主要是过于自信的过失)致死伤的情形,也包括故意(主要是间接故意)致死伤的情形,这在罪责评价上是否合理,与刑法典故意犯罪和过失犯罪两分的立法模式是否协调。刑法应当确证、维护、强化基本、重大的伦理规范,在事关公共人身安全的危险驾驶行为上回避间接故意与过于自信过失的区分,对行为的反规范性评价采取一种模糊不清的作法是否符合刑法的价值导向和秩序维持机能。

《刑法修正案(八)》实际上仅仅就单纯的危险驾驶入罪作出了规定。根据立法说明,醉驾入罪的主要理由是:随着我国汽车时代的到来和迅速的城镇化,道路通行成为大量的普遍性的活动,但驾驶人、行人都没有养成良好的交通意识。醉酒驾车成为一种多发的、严重危害民众生命财产安全的违法行为。从现实情况看,行政管理不可谓不严,但从实际效果看,整体仍旧难以遏制。^[50] 另据中国社会科学院发布的《中国汽车社会发展报告》,2012 年第一季度,中国私人汽车拥有量达到 8650 万辆,其中,每百户家庭汽车拥有量达到 20 辆,中国全面进入汽车社会。^[51]

显然,随着我国经济社会的发展,汽车已经成为一种经常、普遍的交通方式,人们越来越多地将汽车作为日常出行的重要工具或选择。汽车交通的发达使得其作为现代高速运输工具固有的风险经常化、扩大化,人们越来越现实地面临或感受到来自汽车的直接威胁。交通方式和交通环境的总体变化所带来的必然结果就是醉驾、飙车等危险驾驶行为的危险值和风险概率极大地提高,人们对该类行为的危害评价和规范要求也会因此发生重大变化。^[52]

[48] 张明楷教授实际上是想以“危险故意”取代“实害故意”,进而以认识说取代容认说、行为本位取代结果本位。但如前所述,这些标准之间,实际上并没有什么区别。

[49] 参见刘明祥:《有必要增设危险驾驶致人死伤罪》,《法学》2009 年第 9 期,第 10-15 页;周光权:《有必要在我国增设危险驾驶罪》,《中国社会科学报》2009 年 8 月 18 日第 7 版;赵蕾:《最高法院研讨“危险驾驶”》,《南方周末》2009 年 7 月 30 日第 A3 版。

[50] 参见郎胜:《〈刑法修正案(八)〉解读》,《国家检察官学院学报》2011 年第 2 期,第 149-160 页。

[51] 参见《今年我国私人汽车拥有量将达到 8650 万辆》,《共产党员》2012 年第 5 期(下),第 23 页。

[52] 参见叶良芳:《危险驾驶罪的立法证成与规范构造》,《法学》2011 年第 2 期,第 13-23 页。

按理说,行为的危险越高,造成损害的概率越大,认知风险并控制该行为的可能性越大,个体或社会的规范意识和规范要求也应该越高。相应地,故意违规所具有的主观恶性也越深。传统做法将醉驾等危险驾驶行为仅仅作为行政违法行为处理(倘若造成严重后果,充其量只认定为过于自信的过失),往往会使行为人觉得所谓的风险,其实与自己并没有什么内在关系,它之所以存在,主要是国家的外部强制使然。即便造成严重后果,风险变成现实,行为人大都会将其归于自己运气不好。这种做法明显与危险驾驶行为的客观性质不符,在很大程度上实际是对该类违法行为的放纵。群众之所以对该类行为“反响强烈”,其原因恐怕正在于此。

行为的结构性变化必然导致相应的伦理规范的变化。^[53] 醉驾等危险驾驶行为入罪使得原先的行政违法行为得以犯罪化,这同时也意味着行政规范的伦理化。其根本目的在于凸显危险驾驶行为的社会风险,顺应时代要求,通过确立对危险驾驶行为的绝对禁止,排除个体传统的风险认知和个人自信,使得早先原本仅仅作为外部强制而存在的(禁止醉驾、飙车等)行政规范内化为个体的自觉意识乃至人格化,从而形塑新的交通伦理。据此而论,则危险驾驶者对于自己故意违规所可能造成的实际损害,就不可能也不应该是过于自信的过失。“当刑法禁止的是一种行为犯或危险犯,如果行为人放任此类行为或放任此类危险发生,则行为人就已经存在间接故意而无需出现有形危害结果了。”^[54] 进而言之,倘若对醉驾行为附加情节严重,要求对行为的危险进行相对具体的判断,则可能导致醉驾者心存侥幸,认为自己的行为没有危险,并因此放纵自己的行为。正如德国学者所言,针对道路交通中的大众行为,立法者要通过各种硬性规定使规范自动化,以便人们无需对众多典型的危险给予具体的注意。因为所需要的规范具有纯粹形式的秩序功能,不可能用其他方式实现这种规范的自动化。所以,必须保证毫无例外地遵守规范。因此,需要刑法规定抽象危险犯,以保障规范的效力。^[55]

结 语

很明显,我国传统通说在判断危险驾驶的主观罪责时,根本不曾考虑或者没有充分考虑到“醉驾”、“飙车”等行为在现代社会所具有的新的类型化的风险,而仅仅依赖于一些不确定的、偶然的因素来肯定犯罪故意的存在。学者从解释论和立法论提出的解决思路,虽然考虑到了危险驾驶行为本身高度的危险性,但却仍然习惯性的沿用了通说的判断标准。以旧的伦理观念来评价已经发生变化了的看似“传统”、实则不同的新的违法行为,这正是导致一切问题的根源所在。

刑法的根本目的是保护法益,犯罪的本质在于法益侵害。评价行为不法性或客观危害的关键在于法益侵害。结果显然应当是指行为对法益造成的现实损害。所谓的危险,仅仅意味着法益侵害的可能性。脱离了法益侵害及其指引,危险本身对于行为不法性的评价毫无意义。危险驾驶行为之所以入罪,就在于行为本身在现代社会所具有的造成重大法益侵

[53] 参见[德]奥特弗利德·赫费著:《作为现代化之代价的道德——应用伦理学前沿问题研究》,邓安庆等译,上海译文出版社2005年版,中译本序第10页,正文第1-7页。

[54] 谢望原:《“飙车”致人死伤行为如何定性》,《检察日报》2009年8月4日第3版。

[55] Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 798. 转引自冯军:《论〈刑法〉第133条之一的规范目的及其适用》,《中国法学》2011年第5期,第138-158页。

害的高度盖然性。一旦实施类型化的行为,法益侵害的危险几乎不可避免。在发达的道路交通中,醉酒驾驶者由于主观驾控能力的根本丧失或者严重削弱,其行为的危险尤为突出。危险越高,责任越重。在重大危险防控的强大现实需求面前,行为人的个人能力与自信显得脆弱不堪。因此,立法必须树立对相关行为的绝对禁忌,每一个行为人都应该保持高度自律,不得以身犯法。在危险驾驶已经入罪的情况下,知法犯法者,充分表露出其漠视公共人身安全和无视交通伦理规范的高度人身危险性。即便其行为尚未给任何人造成任何实际威胁,也应予以犯罪论处。在这里,行为人的危险与行为的危险、规范违反和法益侵犯、行为故意和结果故意高度同一。若其行为给公共安全造成重大或者紧迫威胁,甚至严重伤亡实害时,则应按照以危险方法危害公共安全罪论处。实践中根本不可能,也不应该存在构成交通肇事罪的问题。对于醉酒驾驶者而言,其犯罪故意主要表现在先前的醉酒行为或者醉驾选择上,即明知事后要驾车而故意醉酒,或者明知已经醉酒而故意驾车。^[56]

[Abstract] Before arguing the circumstance crime concerning endangering driving, it is necessary to clarify the relations between the rules in *the proviso* of the *Criminal Law of PRC* and its implementation, as well as its actual and desired state. Justification for punishment of abstract endangering crimes is based on moderate danger. As long as there is the typed behavior, it is dangerous. Judgments of specific endangering crimes are based on a real threat for the concrete object by the standardization protection. According to the different typed degree of the abstract dangerous crimes, sometimes it needs to undertake specific judgments. Regard dangerous and real harm all as the criminal results, not only will lead to separate the overall evaluation on the object harm and illegal properties of offense, but also violate the basic logic, common sense and jurisprudence, and bring about the technical concept to be the entity norms. The judgment of illegal properties of endangering driving should be focused on high probability to cause serious casualties. Although there is the internal consistency between endangering crime and real damage crime, the reason why adhering to take the real harm result standard as the affirmation of crime intentionally, because its consideration factors are the objective risk of behavior and normal requirements of society. The higher the risk is, the more requirements is needed. Advanced car traffic has raised greatly risk of endangering driving, but people always are accustomed to evaluate the behaviors by past standards. The purpose of legislation of endangering driving crime is to remove individual convictions and shape new traffic ethic. The intent of result could be deduced only according to the intent to behavior. When caused major or immediate danger or heavy casualties of realistic harm, the endangering driving behavior should be punished as the endangering public security in dangerous ways, instead of the traffic accident crime.

(责任编辑:王雪梅)

[56] 由于《刑法》第 133 条之一与第 114 条之间法定刑差别悬殊,而且危险驾驶类犯罪的整体违法性与责任确实要轻于以危险方法危害公共安全罪,因此,危险驾驶犯罪法定刑的适用可能会存在一些难题。笔者初步认为,视危险程度和伤亡情况,可分别作以下几种考虑:(1)危险重大(不论紧迫与否),如道路上行人、车辆很多;(2)危险紧迫,如有致人重伤或死亡的高度可能性;(3)危险一般,但致人轻伤或轻微伤;(4)危险一般,无人身伤害。对于前两种,应适用《刑法》第 114 条的规定定罪处罚。对于(4),适用刑法第 133 条之一处罚。对于(3),若属于致人轻微伤的情形,可结合《刑法》第 114 条和第 23 条,按照以危险方法危害公共安全罪致人轻伤的未遂处理;若属于致人轻伤,可适用《刑法》第 234 条第 1 款,按照故意伤害罪定罪处罚。