

论抽象危险犯中对间接危险的实质化审查

李 至

内容提要:立法上,抽象危险犯在条文中未坚持“行为+结果”的固有表述路径,而仅呈现出“行为”类型的特征。此举易导致理论上对抽象危险犯的阐释倾向于采取形式说,仅要求身体动静即可而不要求有侵害结果,也导致司法上对抽象危险的制裁呈现非理性的一面。但所有的犯罪实际上均要求某种“结果”,只是抽象危险犯中要求的结果在于对外界造成影响的“外界变动”。重新审视抽象危险犯的性质和构造,需对抽象危险予以实质化审查,即借助构成要件的各要素,结合当时的各种事实情况,以生活经验法则间接地对现实中的危险实施三维立体的审查。而由于抽象危险犯动态的危险构造,实践中需对各类抽象危险确立不同的犯罪化门槛,从而保持维护安全和保障自由两大利益间的平衡。

关键词:抽象危险犯 危险构造 实质化审查 间接危险 经验法则

李至,南京航空航天大学人文与社会科学学院助理教授。

一 问题的提出

由于抽象危险犯的制裁前置体现其预防犯罪的主动性,因而在集体法益范域极易得到立法上的青睐。同时,司法上则需对抽象危险犯本身具备的非理性制裁危险保持冷静和警醒。从以下典型案例中可检视目前司法实践有关抽象危险犯的阐释立场和审查标准。

【案例1】张强(化名)使用某基地组织领导人头像在某群聊天时,一网友提到“看,大人物来了”。于是,张强就在群中回一句“跟我加入xx恐怖组织”。案发后,警方回查其手机和电脑,除在群中的“跟我加入xx恐怖组织”外,无其他任何关于恐怖主义、极端主义的发言。北京市一中院审理认为,“张强法制观念淡薄,在聊天群内以发布信息的方式宣扬恐怖主义、极端主义,其行为已构成宣扬恐怖主义、极端主义罪。”^[1]

[1] 参见杨召奎:《“一句玩笑话惹这么大麻烦,真后悔”:律师提醒应引以为戒,在公共场所和网络平台一定要注意自身言行》,《工人日报》2017年9月21日第5版。

【案例2】网民李某在聊天群中发布的视频中有恐怖主义者用刀斧砍杀一名被捆绑男性的肢体的场景,并加以评论。经警方鉴定,视频为二级暴恐音视频,具有较大的社会危害。经民警的批评教育,李某认识到自己错误,保证今后不再传播暴恐音视频。某县公安局依据《反恐怖主义法》第80条第2项的规定,对李某行政拘留5日,并处罚金5000元。^[2]

【案例3】马某某酒后在路旁挪动车位时被交警查获。某县检察院指出,“马某某实施《刑法》第133条之一规定的行为,但马某某在道路上醉酒驾驶机动车,系短距离挪动车位,主观恶性相对较小;马某某血液中酒精含量101.2mg/100ml,酒精含量相对较低;马某某驾驶过程中未发生任何事故,未造成严重社会后果;马某某到案后如实供述自己的犯罪事实,且自愿认罪认罚。根据《刑法》第37条的规定,可以认定为犯罪情节轻微,依法可以免于刑事处罚。依照《刑事诉讼法》第177条第2款的规定,对马某某作不起诉处理。”^[3]

【案例4】王某某在与朋友饮酒用餐后呼叫代驾,因代驾不能确定王某某车辆在停车库内的具体位置而取消预约。其后,王某某欲驾车出车库后重新叫代驾,遂驾车从停车库出发,驶出车库前行100余米便被民警当场查获。某区检察院指出,“王某某酒后驾驶前叫代驾属实,因客观原因而被动取消预约,其欲重新叫代驾,驾车距离较短,属出入车库情形;未发生事故,社会危害不大,且酒精含量不高(95.5mg/100ml)。综合全案,王某某主观恶性小,危害不大,情节显著轻微,依照《刑事诉讼法》第16条第(一)项和第177条第1款的规定,决定对王某某不起诉。”^[4]

管窥以上四则案例,司法实践对抽象危险犯的阐释立场呈现形式说和实质说的对立。就案例1而言,张强基于猎奇心理,仅因在聊天群中用恐怖分子的头像和“跟我加入××恐怖组织”的戏言即入罪。不同的是,案例2的李某在聊天群中散播恐怖犯罪行为的视频,情节比之案例1更为严重,却仅对其行政拘留。从以上两则案件中采取性质不同的制裁措施可知,司法中对抽象危险犯的阐释立场不一致,其核心在于对抽象危险仅予以形式化审查和需要实质化审查的根本对立导致的。

在澄清各自立场的前提下,针对不堪重负的案件数量,司法实践对抽象危险犯的审查则又相当务实地赋予某种限制性条件,呈现出支持形式说的前提下结合相对不起诉制度对抽象危险犯予以审查和在支持实质说的前提下结合《刑法》第13条“但书”的精神对抽象危险犯予以审查两种方式的对立。就案例3而言,其在坚持形式化审查,判决有罪的前提下,综合“挪动车位的距离”“酒精的含量”“未导致事故”“认罪认罚”等因素认定马某某犯罪情节轻微,而免于刑事处罚。司法上充分发挥刑事诉讼程序中相对不起诉制度的功效,以求缓和形式化审查带来的犯罪化困境。在案例4中,其综合全案的情况,以“行车

[2] 参见马骏:《25岁男子因传播暴恐视频被拘留5日》,《保定晚报》2017年3月13日第11版。

[3] 参见山东省德州市庆云县人民检察院庆检部一刑不诉(2020)23号不起诉决定书。

[4] 参见重庆市渝北区人民检察院渝北检刑不诉(2020)234号不起诉决定书。

的距离”“未导致事故”“酒精的含量”等因素实质化地审查抽象的危险,依照“但书”的精神对王某某出罪。

从而可知,司法实践以其自身的经验完善了抽象危险的犯罪化审查标准,可惜在学术研究层面,相关标准的理论化和体系化程度有待完善,而教义学得以期待的实践功能就在于,“为法律规范适用于个案时不可避免的评价性判断余地给出智识上可检验、公开和合理的操作标准”,^[5]对事实予以体系性、类型性的阐释。目前理论与实践之间已不再是单纯的指导和被指导的关系,欠缺理论指导的司法实践难以保障案件得到公平、公正的裁量,不关照司法实践的理论创设则更不可能反映实践的真实需求,因而有必要对抽象危险犯的危险判断实施理论与实践的交互型研究。

二 司法实践中对抽象危险的审查路径阐释

司法实践针对抽象危险犯已作出尝试性的裁判,但各地采取的路径各异,理论上不能轻视从规范到裁判间的沟通,更需要细致探求司法裁判中的基本逻辑和价值选择。

(一) 形式说和实质说的对立

由于对待抽象危险犯立场的不同,即基于形式化审查和实质化审查的根本对立,从而会在抽象危险的犯罪化效果上南辕北辙。

1. 基于形式化审查的路径(形式说)

从积极一般预防的角度而言,对抽象危险的解释重点不在于危险结果,而在于行为本身具有的一般危险或典型危险。一方面,构成犯罪事实的定型化是抽象危险犯的基本特征。即抽象危险犯是以构成要件的封闭框架对行为类型化,对行为人的制裁并不是因为他的行为在个案中可能导致侵害结果,而仅是他做出了已在立法上类型化的行为。这无疑征表抽象危险犯是一种“行为犯”(甚至是举动犯),只需有身体动静即可而不要求有侵害结果;^[6]另一方面,构成要件的抽象化亦是抽象危险犯的基本特征。即根据立法者自身的一般经验直接对背离规范的危险态度予以禁止,而不需要在个案中由法官再次确定行为的危险性。^[7]对行为人的制裁根基仅在于拟制的危险或不可反证的法律上推定的危险。^[8]

在案例1中,张强仅因在聊天群中回复“跟我加入xx恐怖组织”的玩笑而入罪则典型性地体现了形式说的主张,即“任何传播极端主义思想的行为,只要符合其主观要件,就构成宣扬极端主义罪”。^[9]张强虽不是真正的恐怖组织成员,也无招募他人加入恐怖组织的可能,但基于犯罪预防的需要,无论其行为是否可能会切实地侵害法益,都构成宣扬

[5] [德]乌韦·迪特里希森:《法教义学的道路》,雷磊译,载舒国滢主编《法理——法哲学、法学方法论与人工智能》(第4卷),商务印书馆2018年版,第168页。

[6] 山川秀道「形式犯の制裁について:当罰の不法と可罰性の判断に関する予備的考察」広島法学38卷4号(2015年)101-102頁参照。

[7] 振津隆行[訳]「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ著『危険犯の体系性と限界』」金沢法学51卷1号(2008年)188頁参照。

[8] 团藤重光「刑法綱要総論」(創文社、第3版、1990年)130頁以下参照。

[9] 王良顺:《宣扬极端主义罪的基本构成要素与司法适用探析》,《法学杂志》2016年第10期,第21页。

恐怖主义、极端主义罪。同样的,“醉酒驾驶行为入罪的标准,是客观标准,即便个体因饮酒达到‘醉酒’程度、完全丧失驾驶能力的情况各有不同,但实务中不能以个体在驾驶中是否处于实际的醉酒状态当作标准。”^[10]从而可知,形式说更加注重法的工具理性,而非价值理性。其实,类似于案例3的情况,当实践中同类案件数量不堪重负时,形式说又无法得到贯彻,司法上倾向于采取妥协的措施。即,“立法上根据一般人的社会经验,将在道路上醉酒驾驶机动车的行为类型化为具有发生危害结果的紧迫(高度)危险,其危险不需要司法上的具体审查,只要行为人实施了在道路上醉酒驾驶机动车的行为,就推定其具有类型化的紧迫危险。”^[11]虽坚持醉酒后在道路上短距离挪动车位的行为也构成危险驾驶罪,但属情节轻微,可以不起诉或免于刑事处罚。而在2022年湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、湖南省公安厅联合出台的《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件若干问题的会议纪要》中更予以细化,强调“醉酒驾驶机动车的,无上述第7条中的情形,^[12]且认罪悔罪,符合缓刑适用条件的,可以依法适用缓刑,酒精含量在160mg/100ml以下的,可以不起诉或者免于刑事处罚”。

2. 基于实质化审查的路径(实质说)

刑法的机能在于法益保护,通过实质阐释构成要件该当行为和法益的反价值关联来明确抽象危险犯的制裁根据,不管是抽象危险犯或具体危险犯均等同于“实质犯”的理解。其基本路径在于认为刑法上的所有犯罪均要求一定的结果,只是抽象危险犯中的结果要看作一种形式的结果,由于在此“结果”发生的下一阶段可以预料发生对法益的危险结果,所以其实质上是“行为”的一部分。将抽象危险犯理解为结果犯时,在有形式的结果时发生危险是必要的。^[13]一方面,关于抽象危险犯,在解释上,不仅是实行一定的“行为”,而且要求有一定的“结果”,但不要求法益的危殆化会现实而具体化;另一方面,具体危险犯中的“结果”和抽象危险犯中的“结果”是在不同的意义上来使用的,其不同的地方在于行为结束和结果发生的时间上的距离。抽象危险犯的结果,若从实质上看是置于“行为”中,危险发生的时刻即是行为的时刻,行为和结果具有“同时性”,需着重其中关注行为的危险性。实质说的内在要求,在于判断每个具体的行为危险性,而非以行为一般的、类型的危险性予以形式判断,^[14]其体现在个罪的解释中,则需衡量具体情境中可能导致的危险性。

案例2中,对李某仅是行政制裁,对抽象危险犯的解释路径就在于采取实质化的理解。其案件从实质上判断具体行为导致的危险性,对于行为人承担刑事责任的取舍,着眼于衡量导致抽象危险的可能和程度。在具体情境中李某的宣扬行为不具有值得刑法制裁的危险性,无侵害法益的结果,以行政手段制裁李某,体现出相对审慎的入罪立场。相较于案例2,在案例4中对抽象危险犯实质化审查的经验性总结则更为成熟和全面。自《刑

[10] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第九版),北京大学出版社2019年版,第358页。

[11] 刘桂华:《唐浩彬危险驾驶案:醉酒后在道路上挪动车位的行为是否构成危险驾驶罪》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》(总第94集),法律出版社2014年版,第17-18页。

[12] 第7条规定了不得适用缓刑的情形。

[13] 北野通世「抽象的危险犯における法益の危殆化構造」山形大学法政論叢60・61号(2014年)10頁参照。

[14] 北野通世「抽象的危险犯における法益の危殆化構造」山形大学法政論叢60・61号(2014年)10頁参照。

法修正案(八)》生效始,司法实践就陷于“醉驾是否需一律入罪”的分歧当中。公安部坚持“醉驾一律刑事立案”,最高人民检察院也表示“醉驾案件只要事实清楚、证据充分,检察院一律起诉”;而最高人民法院则倾向于“醉驾无需一律入罪”。^[15] 虽在 2013 年最高人民法院、最高人民检察院和公安部联合出台的《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》中“醉驾一律入罪”的立场最终得到支持。但在 2017 年出台的《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》中最高人民法院又重拾“醉驾无需一律入罪”的立场,醉驾案件中需要综合衡量醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害和认罪悔罪等情况定罪量刑,对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚。2019 年浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅联合出台的《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》中直接指出,“对于醉酒在广场、公共停车场等公众通行的场所挪动车位的,或者由他人驾驶至居民小区门口后接替驾驶进入居民小区的,或者驾驶出公共停车场、居民小区后即交由他人驾驶的,可以不作为犯罪处理。”从而可以窥见,司法实践对抽象危险犯的理解呈现由形式说到实质说的立场变换。

(二)司法者采取“形式说”面临的困境

在价值取向上,如果对抽象危险犯的理解采取形式说,刑事不法则不再是归责于行为人的法益侵害,而是对规范的纯粹不防的预防,这种“正当性”完全来自于法益保护效能的观点值得警惕。一方面,如果正当性和效能性置于同一位置,则会颠覆古典自由主义刑法中先需要保障刑法的正当性才可侧重刑法效能性的立场,且难以契合法律需“基于提升公共善”的目的,仅注重效能的工具主义法律观可能损害法治的根基和价值;^[16] 另一方面,若刑法干预社会仅衡量其“治理效果”的情况,就难以对刑法条文正当化。“有效性”仅是刑事制裁的其中一个必要条件,而非充分条件,刑事制裁的正当化根据尚需其余条件的支持。^[17] 在具体解释上,对抽象危险犯的理解采取形式说,重视社会安全的价值,对无侵害可能的行为犯罪化,更会面临以下困境。

1. 对构成要件行为的阐释动摇国民的信赖利益

采取形式说的理论基础和实践效果是值得商榷的。其一,刑事制裁立足于对规范的违反,仅需要契合构成要件的行为类型,却无需有切实的法益侵害。至于对规范贯彻到何种程度并无确切的基准,亦未指出予以规范建构的类型化行为模式的事实关系的特征,对模糊规范的尊崇无疑会动摇国民的自主权;^[18] 其二,条文中行为的抽象危险是拟制的,且在立法上是不可以反证的推定。但就事实而言,条文中类型化的行为虽有较大概率会发生其预测的危险,在具体的场合因特殊情况却会有不发生危险的可能。^[19] 抽象危险行为

[15] 参见闫晓光:《公安部:醉驾一律刑事立案——与最高法态度明显不同,律师解读“不一定入刑”合理性》,《信息时报》2011 年 5 月 19 日第 A9 版。

[16] See Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, pp. 248-250.

[17] 嘉門優「行為原理と法益論」立命館法学 327・328 号(2009 年)195-196 頁参照。

[18] 振津隆行訳「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ著『危険犯の体系性と限界』」金沢法学 51 卷 1 号(2008 年)199 頁以下参照。

[19] 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会、1982 年)210-211 頁参照。

若过度抽象化甚至舍弃法益的关联,则无法推导出危险犯中的“危险”。行为的危险性,在于行为客体需纳入该当行为的作用领域(抑或有纳入的可能性),才可衡量其危险。^[20]否则,对二者关系抽象化会导致鲜有制约的刑法易蜕化到仅当作粗暴的社会治理工具的程度,暗藏着侵犯人权的可能。

2. 对构成要件结果的舍弃动摇目前的立法体系

立足于形式说,抽象危险犯的危险不当作构成要件要素,仅当作立法者为预防法益侵害的一种动机或立法理由。^[21]抽象危险囿于一种行为危险性,就可以体现全部的刑事不法,但其与我国的现行法律体系难以匹配。首先,根据我国《刑法》第13条“但书”的要求,并非任何侵害法益的行为均需予以刑事制裁。同时,“行政—刑事”的二元制裁体系亦决定着我国采用行为犯概念是不恰当的,会模糊行政制裁与刑事制裁的界限,萎缩行政制裁的空间。^[22]其次,抽象危险犯即便在理论上也不能轻率地视作无需结果要素。犯罪构成要件的典型构造是以既遂模式为基准的,行为、结果、因果关系等都是构成要件要素,构成要件结果一般是指对法益的损害或侵害的危险。事实上,损害结果不是危险犯的构成要件要素,而仅是实害犯的构成要件要素,只有危险结果才是危险犯的构成要件要素。而将危险结果当作不成文的构成要件要素也可以得到理论支持,同时,也有助于例外情况下刑事司法的恰当处理。^[23]否则,既无需审查结果,又不需审查因果关系,会导致犯罪构成要件的人罪和归责结构简单化。^[24]最后,条文内容不必完全等同于理论上的构成要件,不能以条文表象推导出抽象危险犯不需要结果的不法。不法有着两个不同的面向:“行为的不法”,主要功能在于判断行为在性质上是否具有侵害法益的危险性;“结果的不法”,主要功能在于判断行为在客观上是否导致对法益的危险状态。行为(危险性)和结果(危险状态)是“因”和“果”的关系,不可互相混淆、融合。^[25]

3. 对责任主义的背离动摇刑法的正当基础

因形式说仅将抽象危险当作预防法益侵害的立法理由,又可以推导出其同样不会要求行为人对抽象危险具备预见的可能性。^[26]一方面,针对责任主义的责难,对结果而言,形式说只能对抽象危险予以拟制以求维持其合理性,^[27]而拟制的弊端又同样难以消除;另一方面,根据我国《刑法》第14条关于犯罪故意的要求,行为人需预测到“自己的行为会发生危害社会的‘结果’”,可见,采取形式说跟我国有关犯罪故意的规范难以兼容。^[28]采取形式说的路径有着背离责任主义的倾向,其无疑会动摇刑法的正当性。

[20] 北野通世「抽象的危险犯における法益の危殆化構造」山形大学法政論叢 60・61号(2014年)12頁参照。

[21] 小坂亮「抽象的危险犯における危険概念とその判断形式:けん銃等発射罪を素材として」早稲田法学会誌 58卷1号(2007年)199頁参照。

[22] 参见付立庆:《行为犯概念否定论》,《政法论坛》2013年第6期,第108-109页。

[23] 参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期,第79页。

[24] 参见王皇玉:《论危险犯》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2008年第8期,第243页。

[25] 参见王永茜:《抽象危险犯立法技术探讨——以对传统“结果”概念的延伸解释为切入点》,《政治与法律》2013年第8期,第11页。

[26] 香川達夫「抽象的危险犯とその結果地(一)」学習院大学法学会雑誌 35卷2号(2000年)24-25頁参照。

[27] 香川達夫「抽象的危险犯とその結果地(二)」学習院大学法学会雑誌 36卷1号(2000年)35頁参照。

[28] 参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期,第79-80页。

4. 对相对不起诉制度的限制导致司法上的不公正

刑事政策的变化会制约相对不起诉制度的适用。首先,《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)》虽改变以往“醉驾一律入罪”的政策,但各地在根据量刑指导意见制定细则时,醉驾案件适用相对不起诉的条件在地域上体现出重大的不平衡,导致有的基层检察院醉驾相对不起诉的比例可达 70%,而有的则只有 1.1%;^[29]其次,相对不起诉制度本身在国内的作用机制不完善。司法实践中一直重视起诉率而刻意限制相对不起诉的裁量权。一方面,检察院对于相对不起诉的案件表现得较谨慎,在不起诉裁量权的适用上求稳怕错,普遍设置严格的审批程序,导致实践中出现故意规避其繁琐程序的情形,而对于可诉可不诉的案件一般都予以起诉;另一方面,上级检察机关对于“不起诉率”以绩效考核的形式实施严格控制,从而严重妨碍相对不起诉制度功能的正常发挥。^[30]最后,司法上面对数量不堪重负的醉驾案件利用实务经验发挥相对不起诉制度的功效来“减负”,无疑具备正向的价值和意义。但其治标不治本,甚至仅仅当作“头痛医头、脚痛医脚”的权宜之计。对于其他类型的抽象危险犯案件,司法上坚持形式说立场的尚不在少数,“因行为犯的定罪标准易于掌握,从而将盗掘石像生的行为直接认定为盗掘古墓葬罪,便于司法实践操作,更有利于对古墓葬的保护”;^[31]“只要行为人有盗掘古墓葬的主观故意,客观上实施了一定的盗掘行为,就可以认定既遂,其符合我国《刑法》第 328 条盗掘古墓葬罪的立法精神。”^[32]因此,相对不起诉制度只能缓和形式说带来的困境,但不能在阐释抽象危险犯时具备理论上的普遍性和体系上的一贯性,而且其更易导致司法上的不公正。

综上,“形式说”不仅在价值取向上导致刑法的工具化倾向持续加深,而且在具体解释上面临的困境同样难以维持其正当性和合理性。相较于形式说,实质说更契合我国的立法和司法现状。

三 修正抽象危险实质化审查路径的典型观点

先前我国的通说一直坚持形式说的立场,倡导“抽象危险犯要求的危险是立法推定的危险,行为自身包含侵犯法益的可能性……抽象危险与否,不需要司法上的再次审查”。^[33]由于采取形式说面临难以消除的困境,又因限缩抽象危险犯制裁范围的现实需要,我国不管在理论抑或司法实践中,日益倾向接受实质说的立场,要求“抽象危险也需司法上的审查,即司法工作人员需审查案件中是否具备立法拟制或创制的危险”。^[34]但针对抽象危险的审查,在坚持实质说立场的前提下,其内部各观点要求的限制性条件不

[29] 参见蔡巍:《“醉驾”不起诉裁量权的适用及完善》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 5 期,第 53-54 页。

[30] 参见郭烁:《酌定不起诉制度的再考查》,《中国法学》2018 年第 3 期,第 229、246 页。

[31] 岳益民、余波:《韩某、胡某俊盗掘古墓葬案:盗掘古墓葬石像生的如何定罪》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》(总第 105 集),法律出版社 2016 年版,第 96 页。

[32] 蒋育琴:《孙某平等盗掘古墓葬案:如何认定盗掘古墓葬罪中的既遂和多次盗掘》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》(总第 61 集),法律出版社 2008 年版,第 49-50 页。

[33] 参见周光权著:《刑法各论》(第三版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 193-194 页。

[34] 参见周光权著:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 222 页。

一,在我国尚未有定论。

(一) 允许抽象危险犯反证说

关于抽象危险犯的制裁基础,较早的实质说倾向于危险推定理论。基本路径在于,抽象危险犯的结果是立法推定的危险结果,行为人实施的行为只要契合抽象危险犯中类型化的情况,就能直接推定有危险结果,但允许行为人反证推翻。^[35] 目标是在抽象危险犯的实体性规范中植入程序性限制措施,澄清其证明责任分配机制,通过反证的方式证明立法推定的危险行为实际上在个案中无切实危险。检察部门对此主张表现得相当支持,^[36] 其不仅可以减免检方收集证据的压力、减少起诉犯罪所需要的证据内容,且在一定程度上免除了法官的个案审查义务,减轻司法负担。而允许行为人反证推翻指控,实质上是在转嫁举证责任。^[37]

一方面,允许抽象危险犯反证说的逻辑前提在于,行为人只要从事抽象危险犯所描述的行为类型,就可以直接推定有危险结果,从而使得事实上未发生结果的情况同样包含其中。再允许以反证推翻,其旨在解决实践中检方举证或者证明困难的问题。但抽象危险犯是实体法上的犯罪类型,需从(形式或实质的)不法概念来确定其立法的必要性。用以描述法益侵害的构成要件形态和构成要件要素皆需与法益侵害有关,与法益侵害无关的要素均不能成为设置构成要件的理由。刑事制裁虽以法益侵害行为被证明为前提,但证明困难问题属于抽象危险犯配置必要性确证以后才交由程序法处理的问题,因而允许抽象危险犯反证说的逻辑前提是本末倒置的;^[38] 另一方面,立法中的抽象危险犯已将制裁范围大幅前置,而允许反证是将本就有较大论证困难的任务转嫁给行为人,事实上会导致行为人在刑事程序中的负累,且需要法官在个案中形成充分的个人确信更是难上加难,因而无切实理由的举证责任倒置在宪法上的合法性难以维持。^[39]

(二) 实质违法性限制说

抽象危险犯节制的重心在于对实质违法性的限制,其基本规则是,一个拟制行为虽具备构成要件该当性,但行为未实质地对法益构成危险,则行为不具有实质违法性而不可罚。^[40] 抽象危险和构成要件中的行为类型虽有关联性,但抽象危险和行为类型需独立判断。即,在犯罪论体系中严格区别构成要件和违法性,而抽象危险需当作违法要素来判断。首先需判断行为人实施的行为是否契合构成要件要素的行为类型,再判断违法要素中的抽象危险。^[41] 其抽象危险判断的方法,主要借鉴可罚的违法性理论——只能在违法

[35] 参见鲜铁可著:《新刑法中的危险犯》,中国检察出版社1998年版,第105页;付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期,第78页以下。

[36] 参见谢杰、王延祥:《可以通过反证否定法律推定风险》,《检察日报》2022年4月12日第3版。

[37] 参见舒洪水著:《危险犯研究》,法律出版社2009年版,第59页。

[38] 参见周漾沂:《重新理解抽象危险犯的处罚基础——以安全性理论为中心》,我国台湾地区《台北大学法学论丛》2019年第109期,第169-170页。

[39] 松生建「抽象的危险犯における危険」片山信弘=甲斐克則編集「海上犯罪の理論と実務:大國仁先生退官記念論集」(中央法規出版、1993年)66頁以下参照。

[40] 参见董泽史著:《危险犯研究:以当代刑法的转型为导向》,社会科学文献出版社2015年版,第224-225页。

[41] 曾根威彦「刑法総論」(弘文堂、第4版、2008年)61頁以下参照。

性上对法益侵害的危险予以实质判断。^[42] 而我国则将“但书”条款与可罚的违法性理论暗合,“但书”条款在每个具体犯罪中均具备指导效能,^[43]将行为的社会危害性和行为人的人身危险性的程度综合进行衡量,案例 4 中的审查路径即体现类似的倾向。

但以可罚的违法性理论抑或“但书”条款出罪的路径均值得商榷。其一,构成要件具有违法性评价机能,是违法类型,而否定构成要件违法推定机能的根据不充分。可罚的违法性理论虽企图重新确立构成要件在犯罪论体系中的独立地位以求最大化地满足罪刑法定的要求,但其导致构成要件概念变得过于宽泛,反而难以实现罪刑法定的机能。至于其批判构成要件具备违法推定机能的犯罪论体系则会减少判断犯罪成立要件的回数进而导致判断的信赖度低下,不能积极地确认“违法的行为”,且无法衡量违法的程度。但批判的理由同样难言妥当,犯罪成立要件不是检验的回数越多可信赖的程度就越高,其实,在审查构成要件该当性后判断实质违法性的情况反而是徒劳的;对构成要件的解释可限定于,如果行为不该当违法性阻却事由就能认定其具备可罚性违法的类型,且承认构成要件的违法推定机能亦不等于否认超法规的违法阻却事由,不会出现不积极地确认违法行为的情况;对于违法的程度也完全能置于违法阻却事由和量刑中来衡量。^[44] 其二,若对抽象危险犯和具体危险犯一视同仁,在违法性上判断具体的危险,以往抽象危险犯和具体危险犯的区别,即条文对“危险”要求与否,则会变得不具价值。其三,“但书”条款的地位错乱。“但书”条款不是宣告无罪的具体标准,司法上只能根据犯罪的本体条件审查是否犯罪。^[45] 犯罪的本质特征是法益侵害性而非社会危害性,无需再以“社会危害性”的二次审查凌驾于具体的犯罪构成上,因而行为是否构成犯罪的唯一基准,只能是犯罪构成体系。^[46] 而且司法上将社会危害性和人身危险性均纳入“但书”条款中综合衡量实质违法性同样难言恰当,人身危险性自身的非规范性与技术操作上的困难也将导致“但书”条款在出罪上的盲目性。^[47]

(三)量的差异说

相对于在违法性阶层实质判断危险的少数支持者,在构成要件阶层予以实质的危险判断的观点日趋有力。量的差异说指出,实害犯的结果一旦发生,在审查犯罪成立与否时,无需考虑此后的事态变化,是一种固定的客观事态。相对而言,具体危险犯的结果是对法益侵害可能性的预测,是一种流动的客观事态;若无流动性,危险则不再是“危险”。以危险为基础对未来事态的预测是与法益相关联的行为危险性为基础的。具体危险犯的具体危险结果(实质的结果),相较于形式说理解其与实害结果同质,倒不如与抽象危险犯的抽象危险结果(形式的结果)作同质的理解。^[48] 具体危险犯和抽象危险犯以行为的危险性作基础对未来事态预测,因而二者的结果均体现的是法益侵害的可能性,二者的差

[42] 内田文昭『刑法概要(上卷):基礎理論・犯罪論』(青林書院、1995年)203頁参照。

[43] 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——兼论醉驾应否一律入罪》,《现代法学》2011年第6期,第102页。

[44] 佐伯仁志『刑法總論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)37-38頁参照。

[45] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第120页。

[46] 参见付立庆著:《刑法总论》,法律出版社2020年版,第90页。

[47] 参见李永升、胡冬阳:《人身危险性导入罪量要素之检讨》,《国家检察官学院学报》2017年第2期,第109页。

[48] 北野通世「抽象的危险犯における法益の危殆化構造」山形大学法政論叢60・61号(2014年)12-13頁参照。

异在于危险判断时允许的抽象化程度的差别。^[49]即抽象危险和具体危险需做同质的理解,二者仅在于同一上位概念中下位概念的不同。^[50]

具体而言,以对事实的抽象化程度来区别抽象危险和具体危险,具体危险犯中的危险,是“在司法上”以行为当时的具体情况,审查行为导致侵害结果的可能性;抽象危险犯中的危险,是“在司法上”以行为本身的一般情况或者以一般的社会生活经验,审查行为导致侵害结果的可能性。^[51]一方面,具体危险是“以假定的事实置换现有的事实,需具体审查其实现的可能性。”即“根据因果法则对会导致法益侵害事实(虽非现实)的可能性程度”予以衡量。相对而言,抽象危险同样基于“现实中不具有的事实,而以其法益侵害的可能性程度”判断,但要求的“法益侵害的可能性”程度“相较于具体危险的情况低,且可以审查更大范围内的事实”。即理解的抽象危险是“法益侵害的可能性较小、更大范围的事实——距离具体危险更远阶段的——危险”,且是比“具体危险更高层次的抽象化”。^[52]另一方面,关于抽象危险犯制裁对象的危险程度和内容,是基于刑法条文规定的行为体现的危险。一般而言,刑法条文规定的行为一旦发生,就能肯定抽象危险已出现,但若有例外的特殊情形,现实中不可能导致危险,则需否定抽象危险犯的成立。^[53]

而在抽象危险和具体危险的基础上目前又衍生出“准抽象危险犯”和“准具体危险犯”共四等程度的危险。根据抽象化的程度(从低至高),对危险犯以具体危险犯、准具体危险犯、准抽象危险犯和抽象危险犯排列。其核心观点在国内同样有支持者,即引入“准抽象危险犯”限缩刑事制裁范围。一方面,其只要行为具有某种危险属性即成立犯罪;另一方面,相对于盗窃枪支罪等典型的抽象危险犯,行为是否具有危险,尚需在个案中结合对象的性质、行为属性等实施一定程度的具体审查,但危险又无需上升到现实而紧迫的程度,从而也区别于放火罪等典型的具体危险犯。^[54]

但量的差异说衡量危险程度的方法和基准有待商榷。首先,对于量的差异说提出的“某种程度的危险”“紧迫的危险”等基准,仅是基于个人日常的感性判断,遑论客观性,甚至“交互主观性”(Intersubjektivität)都难以保障,^[55]因而对法益具体的危险程度的比较就难以具备可操作性。同时,其基本观点主张仅在特殊情况下才可排除抽象危险犯的成立,其立场与需对结果的危险予以程度上实质判断的基本立场相矛盾,阻却犯罪的理由在刑法条文上的根据也不清晰;^[56]其次,不是全部的法益均能衡量危险的程度,特别是对集体法益,几乎不可能精准地衡量危险的程度,而针对集体法益的犯罪又常常会以抽象危险犯的立法方式出现。若单以量的数值征表危险程度,以此区分具体危险犯和抽象危险犯,则大量

[49] 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会、1982年)165頁参照。

[50] 堀内捷三『刑法総論』(有斐閣、第2版、2004年)64-65頁参照。

[51] 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137页。

[52] 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会、1982年)225-226頁参照。

[53] 山口厚『刑法総論』(有斐閣、第3版、2016年)46-47頁参照。

[54] 参见陈洪兵:《准抽象危险犯概念之提倡》,《法学研究》2015年第5期,第129页;李婕:《限缩抑或分化:准抽象危险犯的构造与范围》,《法学评论》2017年第3期,第42页。

[55] 北野通世「規範の危険概念への道程」論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(青林書院、2002年)6頁以下参照。

[56] 塩見淳『危険の概念』西田典之、山口厚、佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)25頁参照。

的抽象危险犯将会置于其射程外。^[57] 若以量化的离散数值征表具体危险犯和抽象危险犯的不同基准,以什么样的离散数值当作基准,其根据又难以探寻。最后,基于维持危险的事后判断,以假定的事实置换现有的事实,其基准同样值得怀疑,而判断更会变得恣意。^[58]

四 对抽象危险予以实质化审查的路径完善与案例检视

抽象危险犯的实质化审查在于以危险判断为中心,注重法益关联性的要求,在构成要件各要素内探寻精细化的判断构造,以求得出对抽象危险的限制性制裁路径。虽要立足于客观的判断,但当前的社会现实推动各国刑法立法体现出法益精神化、抽象化倾向,^[59]也要求缓和抽象危险判断的客观性和事后性。

(一) 理论上危险判断的路径完善

1. 危险判断的时点:对事后判断的修正

危险判断的时点基本立足于事前判断或事后判断的基线上框定危险判断的客观事实范围。若在判断有无危险时立足于事后的立场,则在无侵害结果の場合,根据因果法则事后审查具备何种事实(假定事实)时才会导致侵害结果,再审查此种假定的事实有无出现的可能性,从而判断有无具体危险。^[60] 但事后判断得到贯彻,对已出现或未出现的结果实施审查时,仅有必然性与不可能性的对立,会导致全部的危险犯都将是不能犯,因而纯粹的事后判断将导致无危险判断的余地。若在判断有无危险时,立足于事前的立场,则以行为时行为人或一般人得知的事实当作判断基础,审查结果出现的合理概率,从而不至于出现全部的危险犯都将是不能犯的困境。^[61] 但危险的判断基础是客观的、物理的事实,纯粹的事前判断囿于其主观标准,对法益侵害危险的判断易以一般人的危惧感或不安感当作刑事制裁的理由。^[62]

实际上,采纳任何一个单一的标准均不合理,因而在危险的判断时点上,出现将事前判断和事后判断结合的观点。即在实质地判断抽象危险时,同时要求“行为危险性”和“结果的危险”。^[63] 对前者予以事前判断,主要在于判断行为是否具有导致危险状态的属性;而对后者予以事后判断,主要在于审查实害结果未出现的原因,到底是因行为本身根本就不可能导致实害结果,抑或行为本身很可能导致实害结果,只是由于偶然因素而导致实害结果未出现。^[64] 但此举有可能深化“行为危险性”和“结果的危险”之间的对立,

[57] 北野通世「抽象的危险犯の処罰根拠」森本益之=加藤久雄=生田勝義編集『刑事法学の潮流と展望:大野真義先生古稀祝賀』(世界思想社、2000年)100頁以下参照。

[58] 井田良「危険犯の理論」山口厚=井田良=佐伯仁志編『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年)186頁参照。

[59] 嘉門優「行為原理と法益論」立命館法学 327・328号(2009年)207頁以下参照。

[60] 参见李洁:《不能犯的危险判断》,载何鹏、李洁主编《危险犯与危险概念》,吉林大学出版社2006年版,第153页。

[61] 振津隆行「刑法における危険概念:危険概念の本質について」刑法雑誌 24卷2号(1981年)286頁参照。

[62] 大谷実「不能犯」中義勝編『論争刑法』(世界思想社、1976年)131頁参照。

[63] 佐伯和也「『抽象的危险犯』における可罰性の制限について(2・完)」関西大学法学論集 46卷2号(1996年)313頁参照。

[64] 参见李婕著:《抽象危险犯研究》,法律出版社2017年版,第144页;舒洪水著:《危险犯研究》,法律出版社2009年版,第157-158页。

而非缓和二者间非此即彼的困境。其中的“行为危险性”，“行为”和“危险性”的关系虽至关重要，但判断危险性时，仅将行为放在其中是难以满足的，危险性不只是同行为直接相关，因而将对法益侵害的危险性和行为本身直接联系的立场太武断，更会妨碍危险性判断的精密化；其中“结果的危险”，“结果”和“事态”的关系同样需要重新衡量，以出现某种事态当作抽象危险犯的制裁根据。但在犯罪构成要件中，不能将出现某种事态和法益侵害的危险等同，否则，当某种事态实际发生时，将不自觉地陷于量的差异说的窠臼。其实，抽象危险犯不绝对意味着某种“具体的危殆状态”，也可能体现的仅是招致危险的情况（危险性）。〔65〕

由于危险的判断基础是客观的、物理的事实，因此，在整体上事后判断可以维持，但需要对其修正。即要联系行为时的客观条件和事实予以综合衡量。至于根据何种事实和各项客观事实的何种抽象化程度实施危险判断尚需澄清。

2. 危险判断的事实：间接危险的判断

对事实的认定而言，大体有主观说和客观说的对立。在主观说中，纯粹主观说和抽象危险说均以行为人在行为时知晓的事实当作危险判断的内容。二者的不同仅在于，纯粹主观说从行为人本人的立场来判断行为人知晓的事实有无危险；而抽象危险说从一般人的立场来判断行为人知晓的事实有无危险。但主观说的归责基础均在于行为人的危险性格，其观点不仅牵强而且易导致主观归罪。在客观说中，具体客观说以行为人当时知晓的事实和一般人可能知晓的事实当作危险判断的内容，且以客观的见地做出预测，判断有无危险；而客观危险说以行为时的一切客观情况当作危险判断的内容予以事后判断。二者的不同在于，具体危险说尤其重视一般人知晓的事实，倾向于从社会一般人的见地作出判断，特点在于否定“事后判断”和肯定“抽象化”操作。〔66〕但以行为时一般人知晓的事实当作危险判断的内容，丝毫不理会事后查清的客观情况易导致判断出现不合理的偏差；而客观危险说拒绝对行为时的客观情况予以一定程度的抽象化，企图以因果法则给可罚的危险性提供一个具体、确切的标准，但对未抽象化的事实难以实现规范判断。因而不能仅将行为人或者一般人可能知晓的事实当作危险判断的内容，也不能以未抽象化的客观事实直接当作危险判断的内容。

是故，在危险判断的事实中，不能仅衡量行为的危险性，行为内在的“危险性”毕竟只是危险判断的其中一个环节，也需重视行为以外的情况；同时，构成要件中已无“危险”表述的情况下，不能在构成要件记述的概念要素中恣意地探讨引起的某种具体危险，否则实质是在创造新的具体危险犯，而导致具体危险犯中的具体危险内容稀薄化。〔67〕其关键不是对将来出现结果可能性的审查，而是立足行为当时具备的全部条件情况，就已出现的结果予以审查。不同于以往要求“犯罪侵害对象需体现现实、事实基础”的法益，大量抽象危险犯的立法会牵涉到如何阐释犯罪的“结果”。大概而言，具备三种不同的犯罪结果的释义：其一，针对犯罪对象有形的事实作用的结果（形式的结果）；其二，在社会中对外界

〔65〕 謝焯偉『抽象的危險犯論の新展開』（弘文堂、2012年）56-58頁參照。

〔66〕 參見李媿著：《抽象危險犯研究》，法律出版社2017年版，第144頁。

〔67〕 岡本勝『犯罪論と刑法思想』（信山社出版、2000年）83頁參照。

造成影响的外界变动的结果;其三,对法益损害或危险的结果(实质的结果)。^[68] 从目前各国的立法而言,囿于有形结果的解释已不符合立法现状而难以接受,在实害犯和具体危险犯的情况下,无疑可以理解为实质的结果,但在抽象危险犯的情况下,若坚持贯彻实质的结果则难言恰当,^[69] 而将危险结果当作不成文的构成要件要素,又会招致危险概念的混乱。因而抽象危险犯中的结果不是指法益损害或危险,而是指单纯因果的外界变动,即实害犯是行为的外界变动过程达到法益损害的程度,危险犯则置于外界变动过程的中途阶段。其不同于具体危险体现在刑法条文中,可直接判断对法益的具体危险状态(直接的危险),而作为具体危险前阶段的抽象危险,需借助构成要件各要素,结合当时的各种事实情况判断法益侵害的危险(间接危险)。

3. 危险判断的基准:经验法则的检验

在具体危险犯中,危险和其他的构成要件要素均能直接判断,是一种固定的危险结构。而在抽象危险犯中,危险只能借助抽象化的构成要件各要素以经验主义的立场予以判断,是一种动态的危险结构。对于以什么基准实施危险判断,典型的三种观点是:一是以行为人本人的经验性认知当作基准;二是以一般人的经验性认知当作基准;三是以全人类的科学认知当作基准。^[70] 但以行为人本人的经验性认知判断危险,过于限缩对抽象危险的制裁范围,不符合抽象危险犯的立法目的,且个人的基准过于恣意,欠缺司法上的可操作性。而以全人类的科学认知判断危险则滑向另一个极端,其完全根据客观的因果法则而非法律上的规范判断,可能会与法规范本身的旨趣相背离。真实的世界不止是演绎和数理的推演,危险判断的基准需从社会经验归纳出发,借助恰当推理寻求特定经验条件间的逻辑关系,以发现符合实际情况的理论,其后再回到经验世界中予以检验。^[71]

因抽象危险犯动态的危险结构,需关注构成要件中各要素体现的危险性,基于条文的含义对构成要件予以实质性解释。对危险行为进行类型化观察,如果某个要素征表危险的发生,在具体案件中,审查是否具有其要素而“间接地”判断危险有无发生。^[72] 即抽象危险犯的审查不能只关注条文本身,同时需结合行为时的各种客观事实情况,以生活经验法则衡量“有无足以侵害法益的法定行为事实”,从而“间接地”判断抽象危险。^[73] 只是经验法则虽由个体经验所得,但不囿于个体经验,而是由个体经验抽象而来的对事物的规律性共识。即,社会经验是由社会共同体的一般性共识累积而来的,此种经验性认知的社会积累,在社会共同体范围内可保持相对客观性的认知。^[74] 因此,在抽象危险犯中对危险的判断,需以抽象化、一般化的各个要素当作其资料或基础,再在社会共同体中一般人

[68] 松生建「抽象的危险犯における危険」片山信弘=甲斐克則編集『海上犯罪の理論と実務:大國仁先生退官記念論集』(中央法規出版、1993年)66頁以下参照。

[69] 岩間康夫「抽象的危险犯における結果概念」大阪学院大学通信 32 卷 3 号(2001年)145頁以下参照。

[70] 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠:不能犯論の予備的作業」上智法学論集 18 卷 1 号(1974年)67頁以下参照。

[71] 参见黄宗智、高原:《社会科学和法学应该模仿自然科学吗?》,《开放时代》2015年第2期,第158頁以下。

[72] 星周一郎「放火罪の理論」(東京大学出版会、2004年)149頁参照。

[73] 参见黎宏著:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第74-75頁。

[74] 宮内裕「危険概念について」平場安治編集『現代刑法学の課題:瀧川先生還暦記念(下)』(有斐閣、1955年)746頁参照。

对有关事物的经验性认知下予以审查。

4. 危险判断的方法：三维立体的审查

有关危险判断的方法,不同于仅以危险可能性的“高低程度”引申出“抽象危险=低度危险”和“具体危险=高度危险”的线性二元对立,应当细致、精准地体现间接危险的各个侧面,所以不妨三维立体地审查危险。即根据危险的“高低”“远近”和“轻重”三要素经验性地对危险实施审查,其中,危险的“高低”体现的是法益侵害的可能性有无和其具体程度;危险的“远近”是指危险在时间上的紧迫程度;危险的“轻重”则表示若危险实现时可能导致损害结果的重大程度。^[75] 三要素呈现一种相互制约的关系,不仅免于陷入“量的差异”的线性二元对立,也能根据立体审查恰当地确定不同类型的抽象危险犯的前置性范围。

第一,判断行为侵害法益的可能性高低(“高低”的判断)。刑法的前置化不代表任何具备抽象危险或预备行为均应予以入罪,同时需要衡量刑事制裁的效果。若刑法前置针对的行为对法益无威胁或仅是聊胜于无的威胁,那么,事前预防的效果则难言有效。若具备侵害法益的可能性,关于抽象危险的综合审查,尚需行为侵害法益的迫切性因素和重要性因素的支撑。

第二,判断行为接近法益实害的距离(“远近”的判断)。刑法的介入越提前,就越要关注行为侵害法益的可能性有无和程度。一般而言,所禁止的行为距离刑法所保护的法益越远,造成法益实害的几率越低。若是越接近法益实害的行为,其危险性较高,禁止此类行为则越具有正当性。^[76]

第三,判断行为可能导致实害结果的轻重(“轻重”的判断)。一般而言,需衡量保护法益的种类和行为可能导致实害结果的重大性,如果受损法益越广泛或难以回复、修补,则意味着损害越严重。与此相反,如果所受损法益是较轻的行为类型,抽象危险的判断则需具备较前者更高的可能性和更紧迫的法益侵害性。

根据以上阐释,对抽象危险犯的判断环节如下:其一,审查生活经验法则的切实性和合理性且符合法益关联性的要求;其二,在个罪的各构成要件要素文的范围内得出生活经验法则的审查对象;其三,在个案中审查以上各项条件是否齐备。^[77]

(二) 具体案例中危险判断的检视

理论为司法实践提供方向性指导,司法实践向理论回哺本土经验和智慧,二者的互动有利于构建契合社会现实的理论。因此,对于重塑的危险判断构造也需回归到案例中加以检视。

对于宣扬恐怖主义、极端主义犯罪,以制作、散发物品或讲授、发布信息等方式宣扬恐怖主义、极端主义,只有根据个案的情况,即综合行为时的环境情况、行为对象、行为导致的外界变动要素,从经验法则来事后判断宣扬行为侵害公共安全的危险。^[78]

在案例1中,张强散播的相关戏言,虽有可能引起聊天群中其他人跟随其加入恐怖组

[75] 鈴木茂嗣『刑法總論』(成文堂、第2版、2011年)156-157頁參照。

[76] 參見單麗玟:《抽象危險犯的必要性審查》,我國台灣地區《月旦法學雜誌》2015年第238期,第178-179頁。

[77] 謝煜偉『抽象的危險犯論の新展開』(弘文堂、2012年)123頁參照。

[78] 參見黎宏:《〈刑法修正案(九)〉中有关恐怖主义、极端主义犯罪的刑事立法》,《蘇州大學學報(哲學社會科學版)》2015年第6期,第90頁。

组织的兴趣,但事后警方回查他的手机和电脑,张强无其他任何关于恐怖主义、极端主义的发言。张强个人也无恐怖组织或极端组织的联系方式或加入途径,其他人也不可能跟随张强加入恐怖组织,因而根本不具备法益关联性。而且刑法需促进重大或实质的社会公共利益,如保护不特定多数人的生命、重大健康或合宪的基本制度等利益,并非任何不符合社会管理制度、损害社会公共利益的行为均一概置于刑事制裁中。刑法的任务旨在推动社会共同生活成为可能,而无责任照顾社会共同体的情绪。仅体现个体性看法而不是对恐怖主义、极端主义中的具体内容实施宣扬不应轻易犯罪化。根据《关于办理恐怖活动和极端主义犯罪案件适用法律若干问题的意见》中的要求,需对媒介中包含极端主义、恐怖主义的内容实施宣扬,即宣扬的关键旨在将某组织的宗旨或个人的主张被社会大众知晓,因而需宣扬其具体的内容才值得刑事制裁。仅仅是某基地组织领导人的头像和“跟我加入××恐怖组织”的玩笑不能看作其包含极端主义、恐怖主义的具体主张或宗旨的实质内容。因此,法院对张强的有罪判决较为勉强。

在案例 2 中,网民李某于聊天群中发布一段两分多钟的视频,视频中的恐怖主义者用刀斧砍杀一名被捆绑男性的肢体。首先,需区别散播媒介的种类给予不同对待,各种媒介对受众的直观冲击不同,信息、文稿、书籍、图片、音频和视频等媒介对法益侵害的危险依次升高。其次,需关注散播媒介的数量,数量越多则对法益侵害的危险越高,构成犯罪的可能性也越大。最后,需关注散播媒介本身的内容和受众。即,经警方鉴定的宣扬恐怖主义、极端主义媒介的危害级别和媒介受众的人数、可能受影响的大小。本案中行为人只在人数相对有较少的聊天群散播视频,不仅其媒介的数量少,播放时长短,对他人的辐射面较窄,而且从其散发视频的具体内容和受众来看,二级暴恐音视频的引导性也有限。因此,对李某行政拘留 5 日,并处罚金 5000 元较为恰当。

对于醉驾犯罪,在道路上醉酒驾驶机动车,需根据个案的情况,即行为时道路情况、行为人对酒精的耐受情况、醉驾的时间和距离长短(驾驶情况),从经验法则事后判断醉驾行为侵害公共安全的危险。从对危险的立体审查来看,由于醉驾犯罪不如宣扬恐怖主义、极端主义犯罪可能导致的实害结果重,因而其制裁的前置性范围会较窄,对构成要件各要素的解释也会更限缩。

司法实践大致从醉驾行为的社会危害程度和行为人的人身危险性大小两方面衡量。若犯罪情节显著轻微,可以不认为是犯罪的,侧重在“量”上要求同时具备:(1)未导致事故或者仅导致特别轻微财产损失或人身伤害;(2)血液中酒精含量在 100mg/ml 以下;(3)醉驾的时间和距离短,根据一般人的经验判断,几乎不会有导致交通事故的可能性。^[79]但司法实践确立的标准有待商榷的地方在于:其一,若醉驾导致事故或导致财产损失、人身伤害则早已无需审查抽象危险,而已滑向实害结果的范畴;其二,个体的酒精耐受程度不同,同样的酒精含量醉酒与否会因人而异,也会导致醉驾对公共安全的危险性不同。司法实践援引《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》中的相关准则,当 100ml 血液中的酒精含量大于或者等于 80mg 就直接当作醉驾犯罪。但对待犯罪不能像

[79] 参见施东辉:《吴晓明危险驾驶案:如何认定醉驾型危险驾驶案件中的犯罪情节轻微》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》(总第 94 集),法律出版社 2014 年版,第 23-24 页。

对待行政不法一样侧重效率,而需关注可能会损害法益或对法益有危险的情况。就醉驾犯罪而言,关键在于关注具体案件中司机在道路上醉酒驾驶机动车的情况。

在案例3中,将“短距离挪动车位、对酒精的耐受情况”等要素与“未发生任何事故、认罪认罚、行为人的自身危险性较低”等量刑情节混同,难以精准审查案件中的抽象危险。对于王某某醉驾是否具备抽象危险的判断,首先,需对道路情况实施审查。即判断平时晚间21时左右在马某某驾驶地段的车辆和行人情况;其次,审查醉驾的时间和距离长短。马某某短距离挪动车位体现的是客观危险情况而非体现其主观恶性;最后,衡量马某某的酒精耐受程度。借鉴“步行回转、单体直立”等项目实施人体平衡测验,以审查醉酒程度对人体的平衡性影响,其更能相对准确地体现个体的酒精耐受程度,从而征表其对公共安全的危险性。^[80]即,测验张某某血液中酒精含量101.2mg/100ml是否影响其在道路上正常驾驶。同理,在案例4中王某某醉驾是否具备抽象危险也需要根据以上条件实施判断,以求恰当地确定王某某需要承担的责任。

五 结 语

目前的刑法修正案通过增置抽象危险犯来保障社会安全,其立法目的无疑是正面的,也契合我国的立法现状。但是,泛风险化的社会现实推动着刑法泛化也是客观事实。一方面,刑事立法的扩张似乎将泛风险化社会中民众的恐惧、忧虑情绪短暂而虚幻地消解,从而营造出相对安全、稳定的环境;另一方面,刑事立法所具有的扩张欲望,借以维持社会秩序、保障民众安全的价值追求,极易挣脱限制的缰绳,导致刑事立法的非理性扩张。同时,刑事立法的泛化趋势亦放大至刑事司法中,判决致力于防止将来的损害,从而取代原本是行政法的职责;^[81]而且制裁的不当联结导致个人权利滥减的“溢出效果”同样值得警惕。^[82]从对以上抽象危险犯阐释路径的梳理可知,刑事立法和刑事司法的扩张,正是对刑法教义学提出的最严峻挑战。刑法的建构本应基于法益损害原则,而目前刑法的任务虽一直宣称保护法益,但刑法的定位在于成为全新的综合性安全框架的一部分。^[83]此时,刑法重点不在个人的保护,而是以公众保护或秩序维持为主。就个罪的解释而言,在既有刑法的框架下,重新审视抽象危险犯的性质和构造,其总体向度应在文义的最大预见可能性中予以合目的性的解释。但是,其限度在于守住刑法的底线,不能以对规范纯粹的不服从给予刑事制裁,而需要实质审查抽象危险。即,借助个罪构成要件的各要素,结合当时的各种事实情况,以生活经验法则间接地对现实中的危险实施三维立体的审查,从而确保维护安全和保障自由两大利益间的平衡。

[80] 参见王志祥:《醉驾犯罪司法争议问题新论——浙江最新醉驾司法文件六大变化述评》,《河北法学》2020年第3期,第10页。

[81] 参见[德]乌尔里希·齐白著:《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第201页。

[82] 参见解志勇、雷雨薇:《基于“醉驾刑”的“行政罚”之正当性反思与重构》,《比较法研究》2020年第6期,第54页以下。

[83] 参见[德]汉斯-约格·阿尔布莱希特:《安全、犯罪预防与刑法》,赵书鸿译,《人民检察》2014年第16期,第30页。

[**Abstract**] Abstract dangerous crime can easily be supported by legislation in the very important field of collective legal interest because its pre-sanction embodies proactive crime prevention. In the relevant provisions on abstract dangerous crime in criminal law, the inherent expression path of “conduct + consequence” is not adhered to and only the characteristics of “conduct” are presented. This can easily lead to not only the adoption of the formal interpretation of abstract dangerous crime in theory, which requires only an action of the body, but not infringement consequences, but also the irrational orientation of the judiciary when it comes to the punishment of abstract danger. The specific dilemma is that the formal interpretation of abstract dangerous crime can easily undermine the social basis of trust and further obscure the distinction between criminal justice and administrative justice. The unitary understanding of abstract dangerous crime can neither accurately summarize the dynamic structure of the crime, nor comprehensively review the various elements that embody the abstract danger and, as a result, is not operable. Meanwhile, discretionary non-prosecution, as a system aimed at alleviating the above dilemma, is easily restricted by the criminal policies of various regions, resulting in judicial injustice. In fact, all crimes require some kind of consequence, only that the consequence required in the abstract dangerous crime is the “external changes” that affect reality. To re-examine the nature and structure of abstract dangerous crime, it is necessary to make a substantive review of abstract danger. First of all, with respect to the time point of the judgment of the danger, the ex-post judgment based on fact can be generally maintained, but it is necessary to comprehensively evaluate the objective conditions and facts at the time when the act is carried out, so as to get an appropriate judgment of danger. What’s more, in the judgment of the fact of danger, it is necessary to judge the danger of legal interest infringement (indirect danger) with the help of various constituent elements and in combination with various facts. With regard to the basis of danger judgment, it is necessary to take abstract and generalized elements as the basis, and then review them with empirical insights in the social community. With regard to the method of danger judgment, it is necessary to carefully and accurately embody all aspects of indirect danger and review the danger in a three-dimensional manner. The danger should be empirically reviewed in light of the three elements, namely “degree”, “distance” and “severity”. However, due to the dynamic structure of abstract dangerous crime, it is necessary to establish different thresholds of criminalization for different abstract dangers in practice, so as to maintain the balance between the two interests of safety and freedom.

(责任编辑:贾元)