

我国危险犯中危险判断的去标签化及标准重构

于润芝

内容提要:我国刑法中危险犯的司法适用与传统理论有所脱节,需进行理论上的反思与革新。当前刑法理论以抽象危险犯、具体危险犯及准抽象危险犯等概念对危险犯进行分类,需深入探究这些标签化概念背后所掩盖的事实构造与正当根据。危险犯的正当根据是以动态性的法益危殆化构造为报应性基础,以一定程度上失控的法益危殆化进程为规制对象。据此,危险判断的事实基础是法益危殆化构造,规范标准是危险发展控制制度。当危险行为牵涉不特定多数的对象时,或危险行为发展呈现前段控制性增强、后段控制性减弱的特征时,允许刑法介入的危险发展失控性时点需适当提前。行政犯型危险犯的危险以个体法益的危殆化为基础,只要具备开启法益危殆化进程的重要条件之一,即可允许刑法介入。为实现罪刑均衡,危险发展失控性时点的认定应当与不同危险犯的法定刑轻重相协调。

关键词:具体危险犯 抽象危险犯 准抽象危险犯 法益危殆化

于润芝,苏州大学王健法学院讲师。

一 问题的提出

“伴随着科技高度发展,在技术化、复杂化、网络化不断进展的现代社会,刑法为了达成抑制犯罪保护法益的目的,必须坦率地承认,很多场合不能等到具体法益侵害发生时才予以应对。”^{〔1〕}刑法虽然不是社会现代化的推动者,但却需要以调整自身的方式回应现代化的挑战。于是,危险犯的研究成为一项重要课题。通说以刑法分则条文中有无危险要素的表述为标准,形式化地将危险犯分为具体危险犯与抽象危险犯。^{〔2〕}一般认为,具体危险犯与侵害犯的构造类似,而抽象危险犯则是与这两者不同的类型。但这一区分不仅未能提供明确的判断标准,还给不同类型的危险犯带来了新的理论困境和实践难题。一方面,现有理论将抽象危险犯视为预防性刑法的典型范式,同时也致力于在司法层面合

〔1〕 星周一郎「公共危険犯の現代的意義」刑法雑誌 48 卷 2 号(2009 年)202 頁。

〔2〕 参见张明楷著:《刑法学》(第 6 版),法律出版社 2021 年版,第 214 页。

理限制其处罚范围。然而,这不仅导致对抽象危险的内容界定成为难题,还形成以下逻辑矛盾:原本将抽象危险犯视为特殊类型是为了更高效率地实现立法规制目的,然而,随着其司法判断模型日趋繁复,抽象危险反而异化成一种比具体危险更难进行入罪判断的规范构造。另一方面,现有理论认为具体危险犯属于与侵害犯性质相同的结果犯,^[3]其正当根据和判断方法不存在问题,因而对于“具体危险”的判断多是个别化、具体化的分析。理论一般认为具体危险是紧迫的危险状态,要求法益客体现实地进入到行为作用领域。与之相对,司法实务却不会局限于如此危急时刻才认定具体危险的发生。为了解决危险犯形式二分带来的诸多难题,有力观点提出了准抽象危险犯等中间形态的危险犯模型。^[4]

然而,抽象危险犯、具体危险犯以及准抽象危险犯,这些标签化概念的实质意义何在,不无疑问。危险犯中的危险不应是形而上学的抽象概念,作为施加刑罚的根据,有必要对其在事实与经验层面进行解剖,揭示具体危险、抽象危险、准抽象危险等标签化概念的背后所掩盖的事实构造与正当根据,从而反思危险犯标签化工作的意义。我国刑法分则中危险犯的规制范围存在交叉重合,并且法定刑的差异较大,部分罪名之间的关系并不清晰,一定程度上影响了不同危险犯在适用上的定性识别和轻重分流。有鉴于此,本文首先讨论危险犯形式二分以及新危险犯模型的设立根据,揭示标签化分类背后掩盖的实质分歧;其次在“去标签化”的基础上,重构我国危险犯中的危险概念;最后基于危险的本质构造,建构我国危险犯中危险判断的规范标准。

二 危险犯“去标签化”:危险犯二分及新危险犯模型的否定

对于抽象危险犯与具体危险犯的区分,我国刑法理论界早就存在质疑的声音,“将危险犯分为抽象危险犯与具体危险犯,不仅与我国刑事立法实际不符合,而且也带来刑法理论的困惑”。^[5]近年来,随着危险犯的理论研究不断贴近司法实务,在质疑原有危险犯形式二分的基础上,理论界提出了准抽象危险犯等新危险犯模型。然而,这些危险犯模型是否契合我国危险犯的规范构造,值得进一步研究。

(一)对抽象危险犯与具体危险犯区分的质疑

关于抽象危险犯与具体危险犯的区分,相关讨论通常是从界定抽象危险犯时展开的。抽象危险犯的形式说区分抽象危险犯与具体危险犯,认为抽象危险是类型性危险、立法拟制的危险,因而无需在司法实践中具体判断。形式说的观点过于扩大了抽象危险犯的处罚范围,逐渐为我国刑法理论所不采。抽象危险犯的实质说将抽象危险视为需要具体判断的要素,但如此一来,抽象危险与具体危险就同属结果型要素。为明确二者的区分,有观点根据危险程度的高低区分抽象危险与具体危险,认为前者是程度高的危险,后者是程度低的危险。^[6]

[3] 参见林东茂:《危险犯的法律性质》,我国台湾地区《台大法学论丛》1994年第23卷第2期,第269页。

[4] 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127页以下。

[5] 熊选国:《论危险犯》,《中南政法学院学报》1992年第2期,第29页。

[6] 山口厚《危险犯の研究》(东京大学出版会,1982年)225页参照。

然而,根据危险程度高低区分抽象危险与具体危险的做法并不可行。目前关于抽象危险犯的分类研究已经发现,抽象危险犯也可以是造成紧迫危险状态的犯罪,例如销售假药罪、劫持航空器罪、非法邮寄爆炸物罪等。^[7] 在这些犯罪中,立法未专门规定危险要素,是因为危险要素已经存在于行为内容之中。一般认为,立法上区分抽象危险犯与具体危险犯,是根据构成要件行为本身是否表述出足以作为犯罪处罚的危险。“具体危险犯中的行为本身通常并不具备严重危险,而抽象危险犯中的行为一般预设了导致实害的高度盖然性。”^[8] 例如,生产、销售、提供假药罪中,危害人体健康的假药这一要素就足以描绘出值得刑罚处罚的危险;妨害药品管理罪中,四种违反药品管理法规的行为则需要“足以严重危害人体健康”补足危险判断。再如,相较于枪支、弹药、爆炸物对公共安全的直接威胁,不同危险物质的危险性取决于其化学特性及外部条件,基于此,非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪才以“危害公共安全”补足危险判断。

在实质说的立场下,另有观点认为,抽象危险犯与具体危险犯的差异体现为危险判断方式的不同,即主张抽象危险犯的反证理论。而允许反证抽象危险的不存在与对抽象危险进行具体的司法判断,都是在要求抽象危险的客观发生。既然承认“不能为了维持这两个概念的对应且对立的关系,就否认对抽象危险犯的司法判断”,^[9] 那么抽象危险与具体危险的判断方式也不存在本质区别。只有认为抽象危险和具体危险的事实构造不同,才能认为二者的判断方式有本质区别。于是,为维持抽象危险犯与具体危险犯的构造差异,有观点认为抽象危险是行为的危险,具体危险是作为结果的危险。^[10] 但是,将抽象危险与具体危险区分为行为危险性与危险结果的做法,依然不可行。这是因为,行为危险性与危险结果的判断基础实质上相同。就行为危险性的判断而言,若仅考虑行为本身的性质,就不免被质疑,这样做会忽略外在情况的变动;若进一步考虑行为时的具体时空环境,甚至行为前后的全部事实,仍会被质疑,这样判断出来的危险不就是作为结果的危险状态吗? 抽象危险的实质化发展已然表明,行为危险性的判断必须考虑与外界因素的关联。即使认为抽象危险犯也是结果犯,抽象危险作为一种危险结果,仍与行为的危险性无法分离。^[11] 例如,理论上关于妨害安全驾驶罪是抽象危险犯还是具体危险犯的争议,无论最终归属于哪一类,都需要考虑车载人员、车辆行驶环境等具体因素。

实际上,只有坚持抽象危险犯的形式说,对抽象危险进行类型性判断,并禁止抽象危险的反证,才能维持抽象危险犯与具体危险犯在立法形式上区分的实质意义。^[12] 但凡采取抽象危险犯的实质说,就已经修正危险犯形式二分的基本逻辑:抽象危险与具体危险在立法形式上的区分仅是暂时性分类,即使构成要件要素中没有规定危险发生,也有需要个别、具体地判断危险的场合。^[13]

[7] 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023年第1期,第80-81页。

[8] 曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』(成文堂,1991年)13頁。

[9] 张明楷:《抽象危险的立法预设与司法判断》,《法商研究》2025年第1期,第43页。

[10] 野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂,1998年)100頁参照。

[11] 参见于润芝:《抽象危险犯的解构:从法益关联和风险控制展开》,《南大法学》2022年第3期,第120页。

[12] 主张这一逻辑的观点,参见姜文秀:《抽象危险犯不能反证的展开》,《法律适用》2023年第12期,第161页。

[13] 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣,1972年)120頁参照。

（二）危险犯的新标签：准抽象危险犯等新危险犯模型的提出

我国刑法理论中新危险犯模型的提出,旨在解决抽象危险和具体危险的理论定位与危险犯的司法适用之间不协调的问题。一方面,如前所述,抽象危险犯立法中没有规定危险要素,却仍存在需要具体判断危险的场合。另一方面,在刑法总论中讨论“具体危险”时,一般是指法益客体已经陷入紧迫危险状态之中。例如隔离犯的着手,甲趁乙出差之机,溜进乙的住宅,在乙的药酒中投放了毒药,只有在乙将要喝有毒药酒时,才产生杀人的具体危险。^[14] 然而,例如《刑法》第 116 条至 118 条规定的危险犯是通过破坏关涉公共安全的工具、设施、设备来对不特定多数人的人身安全产生危险,一般认为,只要破坏的工具等处于已经交付、不需要再行检查、检修以及随时可能会被使用的状态,即可认定具体危险。^[15] 对于这类刑法条文中规定危险要素、司法适用中需具体认定危险,但不要求发生现实紧迫危险状态的危险犯,理论界创设了准抽象危险犯等中间形态的危险犯模型对其进行归类。^[16]

纵观危险犯的理论发展,在抽象危险与具体危险的形式二分之外,早就产生了诸多新型危险犯模型,所谓准抽象危险犯只是其中之一。德国学者赫尔希(Hans Joachim Hirsch)将危险犯区分为危殆犯和危险性犯,危殆犯是造成了对法益客体的危险状态结果,而危险性犯则是针对行为的危险性。其中,危险性犯可以继续分为具体危险性犯和抽象危险性犯,具体危险性犯需要具体地判断行为的危险性,抽象危险性犯则不需要。危殆犯与危险性犯的区分主要是基于法益客体是否已经实际陷入危险之中,以此为重要界限,危险犯类型的发展存在两条支线。

一条线是齐尚(Frank Zieschang)提出的危险四分说:一是具体危殆犯,由具有具体危险性的行为及其发展出的具体危险结果构成,具体危险结果是指法益客体已经进入行为的危险领域,损害发生与否完全取决于偶然;二是潜在危殆犯,由具有具体危险性的行为及其发展出的具体危险状态构成,具体危险状态是指发生具体危险结果之前的阶段,此时距离损害发生尚可介入人为的阻止因素;三是具体危险性犯,仅要求存在具有具体危险性的行为,不要求法益客体现实地进入危险领域;四是抽象危险性犯,仅需要一般性、类型化地认定行为的危险即可。^{〔17〕}

另一条线是施罗德(Horst Schröder)以具体危险性犯为基础,将德国刑法中明文规定“足以”等此类适格要素的犯罪,界定为抽象·具体危险犯。^[18]在此基础上,日本学者山口厚进一步提出了准抽象危险犯的概念。所谓准抽象危险犯,是指法律条文没有规定危险发生,但部分情形下仅凭构成要件行为本身无法充分表述危险,需结合其他具体因素认定作为结果事态的、程度较为具体的实质危险。^[19]我国刑法理论在概念使用上借鉴了山

[14] 参见张明楷著:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第443页。

〔15〕 参见张明楷著：《刑法学》（第6版），法律出版社2021年版，第894页。

[16] 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123页。

[17] 振津隆行「危殆犯論：ツイーシャングの危険犯に関する四分説を中心に」金沢法学 44 巻 1 号(2002 年)2 頁以下参照。

〔18〕 謝煜偉『抽象的危險犯論の新展開』（弘文堂，2012年）70頁參照。

[19] 山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会、1982年）251頁参照。

口厚提出的准抽象危险犯,但其内涵更接近于德国的具体危险性犯或抽象·具体危险犯。

准抽象危险犯的提出原本是为了限缩抽象危险犯的适用范围——对于没有明文规定危险要素的危险犯,也需具体认定危险的发生。我国学者将该概念用于阐释我国刑法中明文规定危险要素的犯罪,但在该概念的提出者山口厚的论述中,这类犯罪实则属于准具体危险犯。所谓准具体危险犯,是指法律条文中虽明文规定危险的发生,但并不要求存在个别现实的紧迫危险,而是在更早的阶段认定危险。^[20] 准具体危险犯的提出主要是说明日本刑法中的往来危险罪。^[21] 该罪的规定虽然明文要求“火车、电车往来之危险”的发生,但无需限定为针对个别法益客体的紧迫危险。例如,在轨道上放置障碍物的情形中,不要求车辆马上发生冲撞,只要能够认定驶向该障碍物的车辆有发生事故的“危险”即可。准具体危险犯这一新危险犯模型,意在说明部分具体危险犯的认定无需紧迫危险状态的发生;其区分危险犯类型的路径,并非通过对立区分“行为危险”与“危险结果”,而是根据危险程度的高低。

(三)对准抽象危险犯与准具体危险犯等新危险犯模型的否定

我国刑法理论提出准抽象危险犯等新危险犯模型,其根本考虑是将“行为危险”与“危险结果”视为性质相异的两类范畴。即使刑法条文规定了危险要素,但尚未发生法益客体现实地处于行为的危险领域的具体危险状态,只需结合行为属性及对象性质判断危险性即可。这些中间形态的新危险犯模型,是以行为属性和与行为相分离的外部状态的区分为基础,在行为属性的层面提出的,是对行为的危险性进行具体考察的类型。^[22]

但是,准抽象危险犯等新危险犯模型同样是根据固定的标准赋予危险犯标签,基于以下理由,不宜采用。首先,如前所述,区分“行为危险”与“危险结果”对于危险的具体判断并无助益。其次,如果将刑法规定的危险要素定位于行为的危险性,会与抽象危险犯的形式说一样面临欠缺法益关联性的正当根据疑问。若认为部分具体危险犯也是以行为的危险性为不法内容,那么这类具体危险犯的处罚正当性也会面临相同质疑。实质说认为,抽象危险犯的构成要件行为需要具备与法益之间的无价值关联。因此,即使认为抽象危险犯关注的是行为危险性,也并非仅着眼于行为性质本身。实际上,山口厚提出准抽象危险犯,核心目的在于提示抽象危险犯的成立也需具备危险结果:作为危险犯处罚根据的危险,是为了保护法益而防止外界结果的发生,故危险的判断应与法益侵害的判断平行展开,即与行为本身相区别进行独立判断。^[23] 更何况,我国刑法分则中明文规定危险要素的犯罪,不论是“足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险”,还是“现实危险”等,都是侧重对结果的描述,而不是对行为内容的描述。^[24] 唯有危险结果的发生,才能奠定其与法益之间的无价值关联。再次,与其说准抽象危险犯这一新标签给危险判

[20] 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会,1982年)173頁参照。

[21] 《日本刑法》第125条第1款规定:“损坏铁道或者其标识,或者以其他方法使火车、电车发生往来之危险的,处二年以上有期徒刑。”

[22] 参见黄礼登:《危险犯的第三类型探析》,载《光华法学》编委会编《光华法学》(第十辑),法律出版社2016年版,第95页。

[23] 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会,1982年)58頁参照。

[24] 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023年第1期,第78页。

断提供了新路径,不如说其仅在反向说明一个事实:部分规定了危险要素的危险犯,在实际适用中不要求紧迫危险状态的发生。然而,在危险的正面判断中,该模型仅将判断对象限定为行为的具体危险性,却无法回答“作为处罚根据的危险需满足什么要求”这一核心问题,因此无从指引司法实务认定危险犯的处罚边界。最后,准具体危险犯是根据危险程度在具体危险犯内部划分出的新类型,但如上所述,既然危险程度无法成为划分抽象危险与具体危险的标准,更遑论以其为根据在具体危险的内部进一步细分类型。

三 刑法中危险概念的动态性重构: 基于法益危殆化的事实构造

在刑法理论中,危险犯中的“危险”概念向来被解释为法益侵害的可能性。对于抽象危险,如何对法益侵害的可能性进行抽象化,理论上尚未形成明确共识;对于具体危险,理论研究也只停留在高度盖然性、紧迫性的特征描述层面。对于刑法中作为处罚根据的危险,只有在解析其正当根据的基础上才能建构合理的判断标准。

(一) 危险犯的报应基础是法益危殆化的流动性事态

在现代社会中,法益侵害的发展链条日趋冗长复杂,当实害结果发生时,传统刑法归责理论常显力有不逮,因此,作为前置化处罚模式的危险犯被视为有效的应对方式。但是,危险犯的适用不能只是为了扩张规制范围,其处罚的正当性必须得到明确证成。抽象危险犯的正当根据一直是讨论的焦点,理论界的共识认为,不能基于规避因果关联证明的立法考量而免除对其正当根据的论证。具体危险犯的正当根据同样无法依托侵害犯的正当性得以确立,因为侵害是一种终局性事态,而具体危险是以尚未结束的事态发展变化为内容,二者存在本质差异。即使刑法规定中明示了危险要素,也不能仅凭声称“具体危险”与实害结果具有同质性而使其成为合理的前置化处罚。基于以下理由,应当认为危险犯的正当根据是以法益危殆化的流动性事态为报应性基础。

其一,危险犯的事实构造是法益危殆化的流动性事态,这是质疑危险犯标签化工作的根本原因。日本学者北野通世以“法益危殆化”揭示了危险的事实构造:行为导致外界变动的事实构造,应理解为行为、外界环境以及过程中发生的外界变动相互作用,最终发展至外界变动结果的因果过程。^[25] 对行为危险性与危险结果的区分,实质是将危险作为行为属性或结果属性的固定事态,这与危险的事实构造不相符合。危险结果作为行为引发的外界状态,始终无法与行为相分离。换言之,无论是行为本身,还是行为所导致的外界变动,在任何时点都不是一种固定事态,而是处于动态发展中。准抽象危险犯等新危险犯模型,其实是将行为危险与危险结果各自视为固定的静态现象,进而在观念上予以公式化。危险的事实构造应是法益危殆化,即以行为引起外界变动的动态过程为基础,最终指向法益侵害的动态因果流程。

[25] 北野通世「抽象的危险犯における法益の危殆化構造」法政論叢 60・61 号(2014 年)35 頁参照。

其二,危险犯的正当根据应当具备施加刑罚的报应性基础,即能够被评价为侵犯法益的事实构造。这里涉及事实基础与规范性评价的关系。即使认为危险犯中的“危险”属于规范概念,所谓“规范性评价”仍应当基于事实基础的差异而展开。当然,规范性评价的定位与违法论立场的对立也有关联。具体而言,行为无价值论的立场认为违法本质是行为的规范违反性,即使考虑法益的侵害及其危殆化,也只不过是从事表征的规范违反的一般性危险的观点来考虑;结果无价值论的立场认为违法本质是法益侵害及危殆化,即使考虑行为的样态,也只不过是从事该行为所具有的法益侵害的一般性危险的视角来考虑。^[26]理论上,危险犯的立法设置通常被认为是基于预防的需求,在此存在两种危险预防:一种是防止未来行为的重复实施导致侵害,另一种是刑法提前介入阻止危险的继续发展。行为无价值论立场重视前一种预防,对危险的判断侧重于行为本身的规范违反性;结果无价值论立场重视后一种预防,确保对行为的禁止能够阻断指向法益侵害的发展进程。在结果无价值立场下,只有通过法益侵害结果的发生才能回溯地认定行为的危险(不法)。行为应被刑法禁止的理由,正是该行为引发后续因果流程的法益侵害作用。

其三,危险犯中法益危殆化构造的定性与识别,是罪刑法定原则的应有之义。刑法规制危险犯,举轻以明重,也会存在相应侵害犯的规定。“为了统一地说明犯罪,所有侵害犯都会将相应的危险犯作为其本质性要素包含其中,侵害犯不过是在危险犯的基础上添加了附加性要素,这种附加性要素不会是与作为实体的危险犯相异质的要素。”^[27]这一观点表明,危险犯的危险与对应侵害犯的法益侵害,处于因果发展的前后阶段,不同危险犯的危险内容也对应着不同的实害结果类型。例如,当行为人砸毁火车的重要部件时,砸掉的金属击中行人头部致其死亡,该死亡结果不能认定为《刑法》第119条的“严重后果”,因为其并非火车运行中发生倾覆、毁坏的危险导致的。^[28]危险的法益危殆化构造,可以清晰表征危险的具体内容,即危险发展后可能造成的法益侵害形态,这正是根据罪刑法定原则对危险犯进行定性识别的核心标准。再如,妨害安全驾驶罪与以危险方法危害公共安全罪各自规制的危险内容是不同的,在多数情况下,抢夺方向盘等妨害安全驾驶行为并不具有与放火、爆炸等相当的危险。在妨害安全驾驶罪增设前,司法实务虽曾不得不以危险方法危害公共安全罪处理相关案件,但面对仅导致车辆溜车滑行、紧急刹车等轻微后果的案件,通常会借助自首等情节判处一年左右有期徒刑乃至缓刑。^[29]妨害安全驾驶罪增设后,适用该轻罪处理才真正实现罪刑相适应。在此类案件中,随着法益危殆化进程的发展,因紧急停车造成人员轻伤已经是较为严重的后果。即使急刹车行为致人死亡,也只会考虑适用过失致人死亡罪或交通肇事罪,而不是适用《刑法》第115条。有观点提出,以行为导致的现实危害后果为外在表征,判断行为引发的危险是否属于具体危险。^[30]但是,这一观点不

[26] 関哲夫「日本における結果無価値論・行為無価値論の対立の行方」国士館法学49号(2016年)173、174頁参照。

[27] 山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店,2001年)171頁。

[28] 参见张明楷著:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第895页。

[29] 参见海南省三亚市中级人民法院(2018)琼02刑终233号刑事裁定书、河南省方城县人民法院(2020)豫1322刑初326号刑事判决书。

[30] 参见于冲:《论具体危险犯的“结果化”认定》,《法制与社会发展》2022年第2期,第173页。

同于根据法益危殆化构造识别危险内容。所谓“行为导致的现实危害后果”是某一时点的固定事态,仅是行为引发的即时外界变化;而法益危殆化构造是流动性事态,其终局形态是法益侵害结果。即使行为现实中仅造成了轻伤结果,也会具有致人重伤、死亡的危险。^[31]

其四,以法益危殆化解释危险的基本构造,是对危险犯的危险要素展开归责判断的基础。为了肯定处罚的正当性,在“具体危险”的归责判断中,必须可以现实地推定,该危险将会沿着合法则的因果链条最终实现为法益侵害。尤其当构成要件行为以违反行政法规为类型化特征时,归责判断的关键在于,现实发生的危险是否处于前置行政法规的规范保护目的之内。例如,《刑法》第 134 条之一危险作业罪第(二)项“因存在重大事故隐患被依法责令停产停业、停止施工、停止使用有关设备、设施、场所或者立即采取排除危险的整改措施,而拒不执行的”情形中,行政机关作出的“责令停止”决定,并非针对已经存在的特定事故隐患的惩罚,而是要求行为人排除生产、作业中的危险隐患。^[32] 因此,无论现实危险的发生是否基于特定危险源,只要系行为人擅自开工作业之前就已经客观存在且没有加以整改的隐患所引发,即可肯定危险结果对拒不执行“责令停止”行为的归属。但是,“立即采取排除危险的整改措施”的对象被限定于特定危险源,只有当法益危殆化是源于该危险源时,才能认定拒不执行整改措施的行为与现实危险之间的归属关系。

危险犯的立法目的是更周全地保护法益,那么唯有符合大众法感情、能有效满足法益保护需求的规定,才能发挥一般预防的功能。^[33] 要实现这一预防目的,危险犯的处罚必须具备法益关联性意义上的报应性基础。在我国自然犯和法定犯一体化的立法模式下,如果危险认定过于侧重以事前标准判断行为的规范违反性,就可能陷入以“规范违反”的危险替代“事实因果”的危险的误区。刑法意义上的“危险”与一般风险的区分,正是在于作为刑法处罚根据的危险已经是具有“害”之风险行为的“害”的进一步现实化。^[34]

(二) 危险犯的设立理由是对法益危殆化的前置保护

法益危殆化构造是危险在经验层面的事实基础,需要进一步讨论的是,该事实构造是如何支撑危险犯的法益保护的。刑法设立危险犯的理由有二,一是前置化保护,二是扩大化保护。所谓前置化保护,是指不等涉及人身财产安全的法益侵害实际发生,而是在法益侵害的因果流程启动之际即介入刑法处置;所谓扩大化保护,是指刑法将处罚范围扩展到公权力运作、货币秩序等传统法益以外的领域。一般而言,刑法设立危险犯主要是对集体法益的前置化和扩大化保护。此处的“集体法益”是相对于个人法益而言的,包括两种情形:一种是“个人法益的集合”,其最终可还原为不特定或多数个体的法益,主要是指公共危险犯的保护法益;另一种是“狭义的集体法益”,其无法简单还原至特定个体,且不法

[31] 例如,行为人朝人群中扔炸弹,由于人群很快散开,只致人轻伤。参见高艳东:《谨慎判定“以危险方法危害公共安全罪”的危险相当性——兼析具体危险犯的可罚性标准》,《中国刑事法杂志》2006 年第 5 期,第 42 页。

[32] 关于责令停产停业的法律性质,究竟是行政处罚还是责令改正,在行政法理论中也存在争议。参见黄锦:《行政执法中责令改正的法理特质与行为结构》,《浙江学刊》2019 年第 2 期,第 161 页。

[33] 参见许玉秀:《无用的抽象具体危险犯》,我国台湾地区《台湾本土法学杂志》2000 年第 8 期,第 89 页。

[34] 参见姜敏:《间接危害行为犯罪化一般限制原则研究》,《政治与法律》2019 年第 5 期,第 99 页。

实质并非传统刑法所预设的“行为引发因果性法益侵害或危殆化”,主要是指累积犯的保护法益。^[35] 刑法中的危险犯对前者(个人法益的集合)采取前置化保护,对后者(狭义集体法益)采取扩大化保护。

在集合性个人法益的前置化保护中,不特定或多数人的生命、身体及财产法益的危殆化流程较为明确,因而刑法对公共危险犯的规定多表述危险要素。但即使刑法条文没有表述危险要素,也需结合指向法益侵害结果的危殆化进程,判断危险的有无。有观点指出:“既然抽象危险犯是刑事处罚的前置化,就必须有对于同一法益的、与之相关联的实害结果作为参照,不然也就无所谓‘前置化’了。”^[36] 因此,在集合性个人法益的前置化保护中,危险判断的依据仍需立足于个体法益的危殆化进程。“对公共安全的侵犯必然是对个体权利的危险或者实害,如果行为只是违反有关安全类的规范,但并未对公共安全或者个体权利造成实质危险,则不属于抽象危险犯的成立范围。”^[37]

然而,在狭义集体法益的扩大化保护中,法益危殆化的认定成为问题。当刑法难以具体描述法益危殆化的样态时,只得采取危险犯的形式,即使对个人法益也是如此。例如,侮辱罪、诽谤罪的规制对象是对名誉的侵犯,因名誉受损的样态难以具象化,只能以危险的形式呈现。因此,日本刑法理论认为名誉毁损罪是抽象危险犯,^[38] 我国刑法中“情节严重”的规定,本质也是对名誉危殆化程度的要求。当法益因自身构造特殊而难以描述具体危殆化样态时,其处罚的正当根据与范围界定,不能单纯通过危险判断解决,而需诉诸法益论的深层阐释。但需明确的是,狭义集体法益的扩大化保护本质仍然是前置化保护的延伸表现,应当围绕法益危殆化的事实基础,进行法益关联性的正当根据证成与处罚范围界定。在现代社会,个人行为与最终法益侵害之间的直接联系变得稀薄化,二者之间总是间隔着某种制度或秩序的安全屏障。“如果我们需要确保一个制度化的生活领域是安全的,而该领域本身具有危险性,或者非常容易遭到滥用,那就特别有必要适用危险犯。”^[39] 狭义集体法益保护,是“将特定风险领域的集体法益作为对个人法益保护的前阶,直接作为刑法的保护对象”。^[40] 为了有效发挥抽象危险犯法益的解释指导机能,越来越多学者赞成“双层法益构造”,即狭义集体法益作为阻挡层的法益,个体法益作为背后层法益。^[41] 但即便在此构造下,危险判断的最终依据仍需锚定背后层个体法益的危殆化进程。另外需要说明的是,累积犯属于对狭义集体法益的侵犯,其具体认定要根据单个行为造成的外界影响划定处罚界限。^[42] 让行为人对最终的法益侵害结果负责,并非要求其

[35] 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社,2018年)43頁参照。

[36] 王永茜:《论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化》,《法学杂志》2013年第6期,第130页。

[37] 刘浩:《我国抽象危险犯立法整体考察及法益分析》,《比较法研究》2024年第3期,第161页。

[38] 前田雅英『刑法各論講義(第7版)』(東京大学出版会,2020年)131頁参照。

[39] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《现代社会中的刑法与两种安全》,陈璇译,《苏州大学学报(法学版)》2023年第4期,第157页。

[40] 王永茜:《论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化》,《法学杂志》2013年第6期,第123页。

[41] 参见张明楷:《污染环境罪的争议问题》,《法学评论》2018年第2期,第6页。

[42] 参见孙国祥:《累积犯视野下“严重污染环境”的新诠释》,《政法论坛》2024年第4期,第95页以下。

行为对结果发生施加了全部作用力。在累积犯中,只要单个行为属于“最终指向重大法益损害的危殆化进程中的作用因子”,即可具备前置化处罚的正当根据。

(三) 危险犯的处罚根据是法益危殆化进程的失控性

刑法中作为处罚根据的危险,并非仅停留于对客观事实的单纯描述,还关涉对客观事实的规范评价。在确定危险犯的处罚范围时,如何设定针对法益危殆化进程的规范评价标准就成为问题。危险犯的直接规制对象是行为,就危险犯的立法而言,“只有当法益是否发生实害,逾越人力掌控的范围后,禁止越多的行为,才会效果越好”。^[43] 在此意义上,如果认为行为的一般危险性是指符合构成要件描述的类型性危险,那么行为的具体危险性则是指,“对于行为人来说早已无法控制,只要相应的行为客体进入到行为的作用领域,危险的现实化就会发展下去”^[44] 的情形。有观点主张,危险犯中危险行为的影响在于——即便只是暂时的——其对有关法益侵害的可支配性。^[45] 若认为对法益侵害发展的“支配性”是奠定危险犯中危险不法的规范性根据,反之,刑法通过危险犯予以前置化处罚的规制对象,实则是失控的法益危殆化进程。此处的“失控”,指法益危殆化进程已经客观地展开,并且不再处于行为人的支配之下。据此,法益危殆化进程的失控性,即为危险犯的规范评价标准。

以法益危殆化进程的失控性作为规范评价标准,可以解释危险犯立法中是否设置危险要素的考量逻辑,进而统一说明抽象危险犯与具体危险犯的规范构造。如前所述,立法是否在危险犯中表述危险要素,依据的标准是符合构成要件的类型性行为本身是否足以表现出值得刑罚处罚的危险。在此,“值得刑罚处罚的危险”就等于在一定程度上失控的法益危殆化进程,即类型化的构成要件行为本身已具备开启法益侵害发展流程的能力,即使不额外辅之以外界危险要素,也满足了法益侵害发生的必要条件。与之相对,当构成要件行为本身不具备充足的引起法益侵害的因果力,为了能够说明危险的发生,就必须结合其他的情境性因素论证法益危殆化的进程已然现实展开。如果仅以立法中是否规定危险要素区分抽象危险犯与具体危险犯,二者的根本性区别,则是允许刑法介入的法益危殆化进程失控性的一般时点不同:前者是类型性行为的实施之后,后者则是任由其发展形成具体事态之后。但是,这样的区分在具体情境中也并非绝对。如果着眼于法益危殆化进程的失控性这一根本性标准,抽象危险与具体危险的形式二分意义有限。

四 法益危殆化构造的标准展开: 基于危险发展控制制度的规范评价

危险犯中的“危险”本质上是法益危殆化的流动性事态,危险的判断要以法益危殆化

[43] 单丽玫:《抽象危险犯的必要审查》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2015年第3期,第194页。

[44] 謝煜偉『抽象的危险犯論の新展開』(弘文堂,2012年)77頁。

[45] 参见[德]海因茨·科里亚特:《有关危险犯的争论》,张志钢译,载陈兴良主编《刑事法评论:刑法规范的二重性论》,北京大学出版社2017年版,第363页。

进程为事实基础建构具体的判断标准。由于立法上构成要件对危险要素的规定不同,危险的判断需要结合具体构成要件的保护法益、性质、法定刑以及罪与罪的关系予以综合考虑。

(一) 危险发展控制制度是法益危殆化的规范性评价标准

危险犯中的危险判断,需以指向法益侵害结果的危殆化进程为事实构造,危险发展控制制度则是针对这一事实构造的规范性评价标准。危险发展控制制度,是指行为人对于法益危殆化进程的控制可能性。法益危殆化进程的开启条件越完备,进程发展越顺畅,行为人的控制可能性会越低,刑法介入的必要性也就越高。反之,行为人实施了符合构成要件的行为,但掌控法益危殆化进程,确保法益侵害结果不发生,则不宜认定作为处罚根据的危险;否则,就是处罚单纯不服从规范的行为。危险犯的规制对象,与其说是危险的行为,不如说是不受行为人控制的法益危殆化进程。而从事后的客观角度看,只要侵害结果尚未发生,行为人对法益危殆化进程的控制就总是可能的。因此,所谓“失去控制”,是一种规范性判断,即刑法在法益危殆化进程中何时介入具有正当性。

危险发展控制制度与危险的紧迫性标准相比,更适宜对危险犯个罪作规范性评价,因为紧迫性标准仅停留在事实描述的层面,难以适配危险犯个罪的构造特点。传统理论在论及刑法中危险要素的判断时,总是要求发生法益客体进入危险作用领域的紧迫状态。但是,“我国学者通常对认定的具体危险犯中的危险,一般只描述其紧迫、高度现实化等特征。然后对何谓紧迫,何谓高度现实化却语焉不详”。^[46]其根本原因在于,描述危险程度的紧迫性标准无法为危险的认定提供规范化指引。所谓危险程度,并非社会危害的严重程度,而是距离法益侵害发生的远近程度。但是,若是以距离法益侵害发生的远近作为危险程度的测定对象,往往只能依赖于判断者个人的日常生活经验,无法保障结论的客观性。“危险作为构成要件要素从而要求独立地进行危险判断,与要求紧迫、高度的危险程度之间,没有论理的必然性。对于既遂来说必要的危险程度,应该在与该当构成要件保护法益的关联上,判断是否存在为了认定该罪的成立而被认为是必要程度的危险。”^[47]

紧迫性危险状态的要求,一般是针对故意杀人罪等构成要件行为欠缺类型性、侵犯个体法益的自然犯,当法益客体尚未进入危险作用领域时,往往需要借助于外部因素才能转化为紧迫危险。^[48]但当公共危险作为处罚根据时,即使是法定刑较重的《刑法》第114条至第118条规定的危险犯,也不会要求不特定多数人的财产已经处于行为的危险作用领域之中,而是依据危险发展已达到了一定的失控状态。《日本刑法典》第110条第1款规定的向建筑物等以外之物放火罪,也要求发生不特定多数人生命、身体、财产的危险。例如,行为人向他人的汽车泼洒汽油并点火,受害车辆左右两边各停有一辆车,现场3.8米之外有300公斤的可燃性垃圾,马路对面有小学等建筑物。虽然最终只有受害车辆燃烧,但日本最高裁判所依然认定了上述危险的发生。^[49]当受害车辆起火时,处于马路对

[46] 黄礼登:《危险犯第三类型探析》,载《光华法学》编委会编《光华法学》(第十辑),法律出版社2016年版,第104页。

[47] 星周一郎『放火罪の理論』(東京大学出版会,2004年)146頁。

[48] 参见钱小平:《积极预防型社会治理模式下危险作业罪的认定与检视》,《法律科学》2021年第6期,第116页。

[49] 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論(第8版)』(弘文堂,2025年)352頁参照。

面的小学等建筑物内不特定多数人的的人身安全尚未受到火势的直接威胁,正是考虑到以可燃性垃圾为媒介而延烧至小学等建筑物的法益危殆化进程已经处于实质阶段,才会认可此时刑法介入的正当性。有观点认为,我国刑法中破坏交通工具罪的“足以”并非具体公共危险,不同于放火、爆炸中难以采取措施避免灾难发生的千钧一发时刻,破坏行为完成时对法益的侵害相对遥远。^[50] 这可能是考虑到在距离车辆驶入公共道路的期间,车辆使用者或检修人员还可以发现受损部位。但即使放火行为实施后,也会因消防员的灭火等措施而消除延烧的危险。“车辆虽然停放在停车场,但是车辆已经交付使用,随时都可开动执行运输任务”,^[51]破坏行为就已经使得法益危殆化进程进入实质阶段,不会因为还要经历没有检修契机的时间间隔而有所缓和。因此,只要以法益危殆化进程的控制度为考察视角,《刑法》第 116 条至第 118 条的危险犯,在行为人完成破坏行为的时点即认定危险发生,并非基于与第 114 条规定不同的考虑。在现代社会中,尤其针对侵犯不特定多数人法益的公共危险犯,并非只有当法益危殆化进程发展到紧迫阶段才会失去控制。

传统理论还认为,危险犯的重要功能在于排除实害归责中的偶然因素,即行为已经使法益陷入危急之中,并且行为人无法控制事态的发展,没有能力阻止侵害结果的发生,结果的发生与否完全取决于偶然因素。^[52] 偶然性说是德国刑法理论关于具体危险判断的通说。德国关于未遂犯的处罚根据采取的是印象说,该说建立在积极的一般预防理论基础之上,实际上是一种主观的未遂犯论。^[53] 然而在日本,基于结果无价值论的主流立场,未遂犯的危险判断与危险犯的危险判断都重视客观事态,通过考察能够导致实害结果发生的假定事实的存在可能性,判断法益侵害发生的可能性。^[54] 未遂犯中实害结果未发生是终局既定事实,通过追问假定事实的存在可能性的反事实判断,处罚偶然没有实现既遂的情形,这与偶然性说在根本上是一致的。

但是,即使偶然性说的判断逻辑适宜于未遂犯的认定,也不适宜于对危险犯中危险的判断。危险犯的场合,事态发展尚未结束,成为问题的不仅是已经发生的妨害实害发生的事实,还有行为后可能会发生的事实;如果进行假定事实的置换,究竟置换哪一部分事实,并不明确。从根本上而言,基于排除偶然事态的考虑,将危险的判断基础抽象化之后,判断对象便不再是现实的客观事态,而是逻辑上的假想事态,因而会认为危险是一个规范概念。但这样的规范性评价是建立在假想事实的基础之上,而哪些事实应被排除在危险的判断基础之外,并不明确。基于假想事实的判断还出现在条件公式中,条件公式被批判为,从假想的行为不存在直接跳到了假想的结果不存在,并非对真实因果流程的陈述。^[55]

[50] 参见杜文俊、陈洪兵:《质疑“足以”系具体危险犯或危险犯标志之通说》,《中国刑事法杂志》2012 年第 2 期,第 24 页。

[51] 北京市延庆区人民法院(2018)京 0119 刑初 161 号刑事判决书。

[52] 参见欧阳本祺:《论刑法上的具体危险的判断》,《环球法律评论》2012 年第 6 期,第 77 页。

[53] 参见张明楷著:《外国刑法纲要》(第 3 版),法律出版社 2020 年版,第 230 页。

[54] 山口厚《刑法总论》(第 3 版)。(有斐阁,2016 年)290 页参照。

[55] 参见[德]英格伯格·普珀:《客观归责的体系》,徐凌波、曹斐译,载陈兴良主编《刑法评论:刑法规范的二重性论》,北京大学出版社 2017 年版,第 294 页。

刑法中的判断要警惕这种假定思考的逻辑,因为基于假想事实的论断容易遮蔽判断者恣意的价值倾向。危险犯中危险的判断,应当正面地将所有事实都纳入判断基础,以法益危殆化构造为判断对象,当法益危殆化进程的失控性达到一定程度时,才允许刑法的介入。

(二) 危险发展失控性时点评价的场景化判断特征

危险并非先于意识而存在,而是经由猜想、预测和概率论的作用才得以建构。^[56] 现代社会中危险的创设、控制、估量方式所发生的改变,也必然会影响危险的具体判断。现代社会中,技术进步与社会性结构变迁相互作用,集中体现为事态发展的分工化与自动化。在此背景下,对危险发展失控性时点的评价,应当结合以下两个场景性特征,并根据个罪的具体情况,允许适当提前刑法的介入。

其一,现代社会中危险行为牵涉对象的不特定性或多数性,使得刑法介入所需的法益危殆化进程失控性时点的判断提前。例如在网络犯罪中,“原先扰乱社会秩序的违法犯罪行为,借助信息网络传播的跨时空性、低成本性、互动性、匿名性等特点,在法益侵害上出现了‘量级’的跃升”。^[57] 有鉴于此,“一对多”的预备成为犯罪预备行为的新常态。^[58] 再如在生产、销售伪劣产品犯罪中,只要产品具有危害消费者人身安全的性质,在生产与销售的阶段就形成了需要刑法予以规制的危险失控状态。现代市场经济的分工化使得产业链的运作更加流畅,因而不宜区别认定生产与销售的危险,二者在产业链与时间点上的间隔,不会对法益危殆化进程产生实质影响。总之,当涉及多数或不特定人的生命法益、健康法益或财产法益时,刑法保护的是集合状态的个人法益,且造成个人法益侵害的几率较高,相对于保护同类个人法益的犯罪而言,其入罪门槛自然要降低。^[59]

其二,现代社会的专业领域中对危险发展前段的控制性增强、后段的控制性减弱现象,使得刑法介入所需的法益危殆化进程失控性时点的判断提前。如果说在传统社会中,危险是在认知不足时产生,那么在现代社会中,则是基于认知能力的充沛才会存在危险。现代社会中,行政犯的立法遵循的是自上而下的建构逻辑,立法者较早意识到利害关系,进而明确刑法规制的必要性。^[60] 判断行政违法行为的危险性时,不以一般人的经验,而是以前置法领域的专业知识为基准。在专业领域中,智能监测系统的预测干预、生产流程的自我纠错机制等,既是事实层面早期遏制危险的技术支撑,也是规范层面危险治理前置化的正当性保障。另一方面,随着科技发展,新兴领域的未知性与技术黑箱效应,导致法益危殆化后段的人为可控性降低。若刑法等到出现法益侵害发生的紧迫性状态时才介入,与对侵害犯的处罚并无实质区别,难以实现危险犯的预防性立法初衷。

以上两种场景性特征,集中反映在对行政犯型危险犯的危险判断中。行政犯的认定

[56] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《现代社会中的刑法与两种安全》,陈璇译,《苏州大学学报(法学版)》2023年第4期,第157页。

[57] 金鸿浩:《网络犯罪刑法理论范式的体系化变革》,《中国法律评论》2023年第3期,第130页。

[58] 参见郭旨龙:《论预备行为的风险评价》,《中外法学》2024年第5期,第1310页。

[59] 参见姜涛:《论集体法益刑法保护的界限》,《环球法律评论》2022年第5期,第123页。

[60] 参见童德华:《社会相当性理论对法定犯的合理限制》,《法学》2025年第2期,第88页。

既要坚守刑法基本原理,也要兼顾行政规制需求。在行政犯型危险犯中,从行刑衔接视角看,行政秩序的刑法保护需满足不法程度的要求,危险判断就构成定量评价的报应基础。即使此类犯罪以行政规制秩序为直接保护对象,其危险判断本质上仍需回归个体法益的危殆化进程。但在具体评价中,一般而言,只要行为提供了开启法益危殆化进程的重要条件之一,即可允许刑法的介入。

例如,生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售不符合安全标准的食品罪的基本犯均采取危险犯的形式规制食品安全领域。在生产、销售有毒、有害食品罪的认定中,要求添加会危害人体健康的非食品原料,^[61]因而该罪虽然没有规定危险要素,仍需结合食品性质、食用人群等因素,判断是否已开启针对消费者身体健康的法益危殆化进程。但是,食品安全秩序关涉民众的切身利益,对这两种犯罪的认定,不应等到个体法益的危殆化进程发展到后段时,才允许刑法介入。尤其是在生产、销售不符合安全标准的食品罪的认定中,只要食品安全链条上因违规出现不符合食品安全标准的情形,即可允许刑法介入。具体而言,“食品安全标准中载明的残留限量等指标数据,与健康指导值以及动物试验发现的危害剂量值之间,通常已留有相当充足的安全冗余范围”^[62]只要检测结果超出食品安全领域行政法规中与健康风险相关的残留限量指标数据,就已经处于开启人体健康危殆化进程的临界状态,即可认定构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。例如以病死猪为原料加工猪肉的,即使未造成实际损害后果,也未对猪肉进行鉴定,仍可直接肯定本罪的成立。^[63]当然,需要注意的是,行政部门规定食品安全标准时,会兼顾国际标准、产业发展乃至环境保护等因素,因而不符合安全标准的食品不一定影响人体健康。例如,生产、销售不含碘工业盐的案件,若仅是碘含量不符合安全标准,^[64]则需限定在缺碘地区才能认定危险要素的成立。

再如,生产、销售、提供假药罪与妨害药品管理罪的基本犯也是采取危险犯的形式规制药品管理领域。生产、销售假药罪的立法修改,要求司法对“假药”进行危害人体健康的实质认定,因而该罪被视为以公众人身健康为法益的自然犯;妨害药品管理罪的法益一般被认为是药品管理秩序,属于行政犯。相较于生产、销售、提供假药罪关注的是对人的生命、健康产生直接威胁的“假药”,后者更关注药品生产、进口、销售过程中违反行政管理秩序的行为。立法缩小生产、销售假药罪的处罚范围后,增设妨害药品管理罪,正是为了以行政犯的规制逻辑实现对药品风险的严密打击。因此,虽然妨害药品管理罪的规定中要求了“足以严重危害人体健康的”危险要素,但不宜等到针对个体健康法益的危殆化进程已实质进展时,才允许刑法介入。司法实务中,对于没有取得行政许可销售医美类药品的案件,只要能认定销售对象中含有药品的成分,即可认定构成本罪。^[65]

[61] 2021 年《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》第 9 条规定,对于有毒、有害的非食品原料的认定,要满足“因危害人体健康”的性质。

[62] 彭少杰、张旭晟:《生产、销售不符合安全标准的食品罪的判定探析——基于科学和法律的双重视角》,《中国市场监管研究》2025 年第 1 期,第 64 页。

[63] 参见河南省安阳县人民法院(2024)豫 0522 刑初 426 号刑事判决书。

[64] 参见安徽省马鞍山市博望区人民法院(2016)皖 0506 刑初 99 号刑事判决书。

[65] 参见上海铁路运输法院(2024)沪 7101 刑初 288 号刑事判决书。

(三) 危险发展失控性时点评价与个罪的轻重分流

我国危险犯的规定中存在许多规制范围交叉或相似的情形,但法定刑设置却差异较大。针对这一现象,有观点提出过失危险犯的概念,试图通过故意与过失的有责性区来说明规制范围相近的危险犯的法定刑差异。比如有学者认为,从刑罚配置上看,妨害传染病防治罪是过失危险犯,因为与以危险方法危害公共安全罪相比,将故意引发传染病传播严重危险的行为认定为妨害传染病防治罪,明显不当。^[66] 还有学者认为危险作业罪是过失危险犯,因为与破坏交通工具罪等配置的法定刑相比,其法定刑实属“轻微”。^[67] 然而,暂且不论过失危险犯理论的妥当性,这一概念的提出其实回避了客观上对于危险差异的释明工作。在“以刑释罪”的理念下,法定刑的轻重会成为构成要件解释的重要依据,尤其在与行政处罚衔接的前提下,对轻罪的处罚范围可以适当放宽。^[68] 因此,危险发展失控性时点的认定,要与不同危险犯的法定刑轻重相协调。例如,生产、销售不符合安全标准的食品罪的法定刑,轻于生产、销售有毒、有害食品罪,因而虽然前者明文规定了“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的危险要素”,但对前者危险发展失控性时点的认定应当较后者更提前。妨害药品管理罪与生产、销售、提供假药罪也是如此,后者的法定刑较前者更重,其虽然没有明文规定“足以严重危害人体健康”的危险要素,但对后者“假药”的认定也要限制为危害人体健康的药品。

妨害传染病防治罪的成立,需符合引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的要件,基本犯配置的法定刑是“三年以下有期徒刑或者拘役”。其中,“有传播严重危险的”危险要素兼具公共危险的性质,这使得该罪与以危险方法危害公共安全罪的关系成为问题。该罪的保护法益是公共卫生管理秩序中的传染病防治秩序,如果等到公共安全的危殆化进程现实展开时才允许刑法介入,就为时已晚。本罪所规制的传染病具有传染性强、扩散迅速的特点,只有及时阻断传播链、控制传播源头,才有可能控制公共安全的法益危殆化进程。基于此,应当在较早时点肯定刑法介入的正当性。当然,区别于单纯不配合传染病防控的不服从行为,仍需判断妨害行为是否具备开启公共安全法益危殆化进程的能力。本罪与以危险方法危害公共安全罪并非法条竞合关系,当现实危险状态已经进展到直接危及不特定多数人身安全的地步,二者构成想象竞合。

危险作业罪的最高法定刑只有一年有期徒刑,基于与其他危害公共安全犯罪的协调,对该罪中危险发展失控性时点的认定要严格遵循罪刑相适应原则。例如对于非法储销成品油的案件,有观点认为,认定危险作业罪的成立需论证行为人的行为具有紧迫的现实危险性,即“汽油一旦不慎遇到点火源,将引起汽油燃烧、爆炸等后果”。^[69] 但是,如果行为

[66] 参见于冲:《二元处罚体系下过失危险犯的教义学考察——以妨害传染病防治罪为视角》,《法学评论》2020年第6期,第104页。

[67] 参见骆群:《过失危险犯有限肯定论》,《中国刑事法杂志》2022年第6期,第35页。

[68] 参见付立庆:《以刑制罪观念的展开、补充与回应——兼与叶良芳教授等否定论者商榷》,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期,第80页。

[69] 冯琦、李铁林、郑君:《危险作业罪司法适用问题辨析——以一起非法储销成品油案为例》,《人民检察》2024年第22期,第75页。

真的造成了火灾、爆炸的紧迫现实危险,为何不是适用《刑法》第 114 条?实际上,司法实务并未进行如此严苛的认定。危险作业罪相关案件的司法判决,大都未对现实危险展开具体判断。^[70]诚然,“现实危险”是危险作业罪中明文规定的危险要素,司法应当对此展开具体判断。但现实危险的认定要以安全生产体制的特点为基础,若一味诉诸于不特定多数人伤亡的紧迫危险,既与该罪的法定刑不相协调,也不能指引危险认定的具体方法。例如,处理擅自从事危险化学品储存高度危险活动案件,总结其实务经验,法院对“现实危险”的判断主要基于两点,一是存放场所不具备安全条件,二是该场所紧邻人员密集区域。^[71]若发生火灾或泄露等事件,就会导致重大伤亡事故的现实危险。^[72]据此,只要没有采取安全生产管理规定要求的防控危险措施,就认为达到了可罚的危险发展失控性时点。危险作业罪的增设是为了将极易引发重大安全生产事故的违法行为上升为刑事犯罪,若是放任危险发展到“千钧一发”之际才允许刑法介入,就会违背其立法初衷。^[73]对于盗窃消防栓的案件,一般认为不构成以危险方法危害公共安全罪,是因为危害公共安全的威胁尚需“火灾发生”。但对于法定刑较轻的危险作业罪而言,不论“火灾”是否现实发生,规制的对象正是法益侵害发展链条上较早时点对安全规定的违反。

五 结 语

危险犯的适用是刑法参与现代社会治理的重要手段,但刑法对危险的规制应当有一定的限度,“将犯罪治理政策置于‘控制失范行为’与‘控制国家干预权限’的协同化任务角度”。^[74]因此,如何合理限制危险犯的处罚范围,一直都是理论研究的重要任务。然而,在社会变迁和制度更新的大背景下,危险犯适用中理论供给与现实需求之间常常会发生脱节,反思并重塑传统的理论标签就显得尤为必要。类型化是为了规范化,而规范化是为了具体化,抽象危险犯的分类研究盛行,以及准抽象危险犯、准具体危险犯等新危险犯模型的分化,都说明传统抽象危险犯与具体危险犯的形式二分并不能提供规范的具体标准。其实,我国刑法有许多本土化特点,例如犯罪认定要求“定性+定量”,在自然犯与行政犯一体化立法模式下行刑衔接需求突出。这些特点决定了,相较于抽象危险、准抽象危险、具体危险等作为固定属性的标签化概念,可量化的、动态性的危险判断机制可能更适宜我国危险犯中的危险判断。

[本文为作者主持的 2024 年度江苏省社会科学基金课题“行刑衔接视角下行政犯的结果归属研究”(24FXD001)的研究成果。]

[70] 参见广东省湛江市中级人民法院(2023)粤 08 刑终 536 号刑事裁定书、甘肃省酒泉市中级人民法院(2024)甘 09 刑终 113 号刑事判决书。

[71] 参见《浙江省安全生产委员会办公室关于 8 起安全生产领域涉嫌危险作业罪典型案例的通报》, https://yj1.zj.gov.cn/art/2021/5/26/art_1228978417_59052571.html, 最近访问时间[2025-04-01]。

[72] 参见四川省宜宾市翠屏区人民法院(2024)川 1502 刑初 650 号刑事判决书。

[73] 参见何萍:《风险刑法视阈下危险作业罪的立法检视与司法适用》,《华东政法大学学报》2024 年第 6 期,第 154 页。

[74] 刘艳红:《网络时代社会治理迭代升级与犯罪控制协同化的刑事政策》,《社会科学辑刊》2024 年第 1 期,第 66 页。

De-labeling and Reconstruction of Standards for the Judgment of Danger in Dangerous Offenses in China

[Abstract] The judicial application of dangerous offenses in China's criminal law has diverged from traditional theories, demanding theoretical reflection and innovation. Criminal law theory distinguishes between abstract and concrete dangerous offenses, with new models like quasi-abstract dangerous offenses emerging in recent years. Thus, we must uncover the factual structures and justifications hidden behind labels such as "concrete danger" "abstract danger" and "quasi-abstract danger" to rethink the value of such labeling. In the judgment of danger, abstract and concrete danger cannot be differentiated by degree, nor can behavioral dangerousness be separated from dangerous results. From a substantive perspective, distinguishing abstract danger from concrete danger is unhelpful, and new models like quasi-abstract dangerous offenses fail to resolve the core dilemma of formal dichotomy. Normative evaluations of danger in dangerous offenses must rest on differences in factual structures. The justification for dangerous offenses lies in the factual structure of legal interest endangerment (in terms of legal interest relevance) as the retributive foundation. Legal interest endangerment refers to the dynamic causal process leading to legal interest infringement, dangerous offenses thus provide pre-protection for this process. Criminal law's pre-punishment under dangerous offenses targets not "dangerous acts" but the partially uncontrolled process of legal interest endangerment. Hence, the normative standard for evaluating this factual structure is the "degree of control over danger development", which refers to the actor's ability to control the process of legal interest endangerment, essentially a normative judgment, when is it just for criminal law to intervene in this process? Traditional theories' urgency standard for judging concrete danger merely describes the degree of factual danger. It misaligns with the normative structure of public dangerous offenses and fails to guide standardized danger determination. The contingency standard is a normative evaluation that lacks factual grounding, relying directly on replaced hypothetical facts. Yet, which facts, as the factual basis for a dangerous judgment, need replacement is unclear from the start. The time at which criminal law may intervene—when danger development becomes uncontrolled—should be appropriately advanced based on two modern societal features: first, the involvement of unspecified or numerous objects in dangerous acts; second, the enhanced control over the early stages and weakened control over the later stages of dangerous act development. In judging danger in administrative offense-type dangerous offenses, the focus remains on the process of individual legal interest endangerment. Criminal law may intervene if the act provides one of the key conditions for initiating this process. Additionally, the determination of when danger development becomes uncontrolled must align with the severity of statutory penalties for different dangerous offenses.