

# 论抽象危险犯个罪裁判规范的续造

王飞跃

【作者简介】王飞跃,中南林业科技大学政法学院教授。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2022.2.144~162

## 一、问题的提出

世界范围内,抽象危险犯的日益扩张已成为不争的事实。《刑法修正案(十一)》实施后,我国抽象危险犯个罪数量已蔚为可观。立法层面是否还会增设抽象危险犯个罪有待观察;司法层面,如何规范抽象危险犯个罪适用,已成为理论与实务必须直面的问题。

## 二、倚重个体裁量权的限制方案缺乏现实条件

### (一)限制适用的立场是基于立法现实

随着德日刑法理论中有关风险社会、抽象危险犯理论在国内的影响日盛,以致成为一股强大的理论力量,接受者与坚守者双方在行为无价值还是结果无价值、规范违反还是法益侵害、刑罚的早期化还是责任主义等领域展开旷日持久的论战。立法机构选择了积极态度回应社会呼唤。自《刑法修正案(八)》至《刑法修正案(十一)》,抽象危险犯个罪的数量已由“一枝独秀”到成为“规模之势”。绝大多数刑法学者面对抽象危险犯个罪设置的立法现实,几乎一致地选择从司法层面限制抽象危险犯个罪适用范围的学术立场。

### (二)现有限制方案大多倚重个体裁量权

在理论研究方面,我国学者就限制抽象危险

犯的司法适用,提出了单一限制与综合限制两种方案。在单一限制方案中,又有四种类型:第一种类型是实质判断,其中又存在规范违反与法益考察两种不同立场。第二种类型是允许反证。第三种类型是适用“但书”。第四种类型是阻却事由。在综合限制方案中,有两种主张。第一种主张是双向限制路径,第二种主张是双层法益与比例原则结合评判路径。不论是单一限制方案,还是综合限制方案,均将实现限制的目的主要寄托于法官、检察官在个案中的个体裁量权。

### (三)倚重个体裁量权方案难以实现的原因

不可否认,司法人员在办理抽象危险犯个罪案件,面临争议、疑难问题时,仍需发挥自由裁量权。但如果将抽象危险犯个罪的普遍限制适用寄希望于司法人员发挥个体裁量权来实现,可操作性不强,其主要原因为:第一,抽象危险犯的立法旨意排斥个体裁量权的发挥。第二,个体裁量权发挥的现实条件并不乐观。第三,个案中法官个体裁量权发挥的空间狭窄。

## 三、续造裁判规范是限制抽象危险犯个罪适用的基本路径

### (一)续造规范的必然性

刑法规范既是行为规范,也是裁判规范。抽

象危险犯个罪的设立,旨在通过刑法介入节点的前移,实现更为周延地保护法益、警示人们遵守规范的目的。抽象危险犯个罪规范作为行为规范,具有天然的优势;与此同时,抽象危险犯个罪规范作为裁判规范,却有先天不足。抽象危险犯个罪设置中刑法介入节点的前移,是通过抽象危险犯构成要件的“标签模式”实现的:通过剥离传统罪名构成要件中的结果(或结果危险)、主观罪过以及因果关系等要素,以“行为”提示个罪的构成要件符合性,或者说以“行为”替代构成要件。“标签模式”导致裁判规范欠缺的主要原因有三个方面:第一,现象的等值。第二,危险的预设。第三,规范的模糊。

个罪规范中缺乏必要的裁判规范,导致产生两种局面:(1)处罚倾向趋于固化。抽象危险犯罪名设置已为公共政策所渗透,法官关于惩罚必要性的判断也逐渐为公共政策所左右。现实的司法实践中,裁量权运用不仅普遍存在怠用现象,而且存在固化为司法惯性的倾向,在处罚倾向趋于固化的情景中,法官甚少行使裁量权。(2)裁判规则差异显著。在法官有限行使裁量权的情形下,司法人员在具体个案的裁判过程中,出现刑法解释的任意性与刑法解释的多义化。

## (二)续造规范的必要性

“标签模式”导致裁判规范欠缺,使得续造规范具有必然性。与传统个罪相较,就“构成要件符合性”而言,抽象危险犯个罪规范未设置入罪“门槛”,具体体现在三个方面:一是提示行为判断而未注重危险判断。二是提示危险有无而未注重危险大小。三是提示行为认识而未注重危险认识。如此,续造规范的必要性至少体现为三个方面:第一,危险类型识别裁判规范的续造。第二,危险有无裁判规范的续造。第三,危险认识裁判规范的续造。

## (三)续造规范的正当性

“由成文法向判决的转换需要一个中间环

节。这一环节就是法律解释的目标——裁判规范”。因而,由最高司法机关出台司法解释的方式补足抽象危险犯个罪裁判规范的不足当然皆大欢喜;但当最高司法机关未能及时出台解释,或者最高司法机关的解释仍需进一步解释时,地方司法机关能否续造裁判规范?对此学界观点不一。2020年颁发的《最高人民法院关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》(法发〔2020〕35号)在“完善高级人民法院统一法律适用标准工作机制”中明确指出:“各高级人民法院可以通过发布办案指导文件和参考性案例等方式总结审判经验、统一裁判标准。”地方司法机关制定统一裁判规范已得到明确授权。

## (四)续造规范的实践及其评析

续造规范的实践可以证明续造规范的可行性。近些年,全国各地不少司法机关就办理醉酒型危险驾驶案件都做出了有益的尝试。有两个方面值得肯定:(1)强化规范指导。(2)重视类型识别。还存在如下缺陷:(1)方向不一。(2)重点不明。(3)规范混杂。(4)解释越权。因而对于续造抽象危险犯个罪的裁判规范,应当从理论上构建基本的规则。

## 四、构成要件符合性规范续造的实现

### (一)构成要件符合性裁判规范的续造依据

构成要件符合性裁判规范的续造依据应当一致:以抽象危险犯个罪的共同特征指导每一具体个罪裁判规范的续造。尽管学界就如何控制抽象危险犯的罪名体量与适用范围还存在很多分歧,但由此可以归纳出学界关于抽象危险犯个罪的三个基本特征:组成要素的齐整性、致险程度的相当性、规范违反的同质性。组成要素的齐整性,即但凡作为抽象危险犯的行为类型,具体个案中的每一行为须在危害行为的手段方法、时空环境、社会关联等要素方面具有基本的一致性,而不应存在重大差异;致险程度的相当性,即抽象危险犯中形成危险行为隐含的

侵害能力是基本一致的;规范违反的同质性,即抽象危险犯中具体个罪需要警示民众遵守的规范是相同的。

## (二)续造规范的综合分析

虽然抽象危险犯具体个罪裁判规范的续造应各自进行,但均应遵循抽象危险犯个罪共同特征的指导:首先,三个特征各有分工。其中,“组成要素的齐整性”指导确定行为构成要素,“致险程度的相当性”指导确定危险存在,“规范违反的同质性”指导判断刑事违法。其次,三个特征互相呼应。三个特征并非各自割裂的,而是互为支撑、互为印证的。

“组成要素的齐整性”在“类型化”过程中具体发挥如下作用:(1)确定危害行为的全部构成要素。(2)确定每一构成要素的含义。(3)危险的综合判断。以“致险程度的相当性”为指导补足裁判规范,应当围绕四个方面:(1)危险类型的识别。(2)保护法益是否存在。(3)行为是否达到致险的程度。(4)致险程度的判断应基于客观事实。以“规范违反的同质性”指导判断刑事违法可以从三个方面进行:(1)确定针对性规范。(2)确定违反针对性规范的程度。(3)确定违反针对性规范的主观意愿。

(三)续造规范的个罪检验:以高空抛物罪为例

以抽象危险犯个罪行为的“组成要素的齐整性”“致险程度的相当性”“规范违反的同质性”三个特征为指导,对“具有致险危险的高空抛物危害行为”应当限定为“高层结构中公众出入的时段与区域”“利用高差抛掷致险器物”“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为规范的违反”三个方面。

## 1.高层结构中公众出入的时段与区域

第一,发生的范围应为高层结构。人造的具有一定高度的建筑物、构筑物,如住宅、写字楼、电视塔、桥梁等,当然属于高空抛物罪危害行为发生的范围,天然形成的地质结构,如旅游场所的岩洞、临近而又存在高差的山头,也应当纳入高空抛物罪危害行为的实施范围之内。第二,发生的区域应为“公众出入的区域”。“公众出入的区域”是高空抛物罪危害行为“时空要素”中的核心部分。“公众出入的区域”不仅包括地面,也包括高层建筑物、构筑物供公众出入、集散的位于楼中的通道、平台等。第三,发生的时段应为“公众出入的时段”。作为住宅使用的高层建筑,是否符合“公众出入”的特征,应当结合该住宅人员的作息、活动规律等情况进行综合判断。

## 2.利用高差抛掷致险器物

第一,利用高差抛掷。高空抛物罪中的抛掷行为,要符合利用高差抛掷的行为样态特征,也即身处高处的人员向低处抛掷物品的致险能力,在于高空能产生重力势能,并在物体下落时转化为动能。第二,抛掷致险器物。致险器物可以划分为两种类型:(1)确定的致险器物,如砖块、刀具、哑铃等器物。(2)裁定的致险器物,如小型的杯子、瓷器碎片等。

3.禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为规范的违反

虽然属于高空抛物,但如若并未具有“规范违反的同质性”,不构成高空抛物罪:(1)排除“致险危险”的行为,不具有“规范违反的同质性”。(2)抛掷不具有致险能力的器物,不具有“规范违反的同质性”。(3)行为人的主观恶性,不属于“规范违反的同质性”评价的内容。