

论具体危险犯的“结果化”认定

于 冲

【摘 要】具体危险犯的“结果化”认定,以避免将行为危险异化为具体危险、抑制具体危险犯的过度“口袋化”为目的,主张行为造成的危险须达到现实、紧迫地危及法益的程度方成立具体危险犯。在具体危险犯“结果化”认定的视域下,具体危险被视为一种结果性危险。结果性危险以一定的现实危害后果作为外在表征。现实危害后果不是具有构成要件该当性的危害结果。一定的现实危害后果的存在表明行为足以导致危害结果发生。如果行为没有造成现实危害后果或行为造成的现实危害后果表明行为不存在引发危害结果的可能,则证明行为并未引发具体危险。具体危险犯的“结果化”认定对具体危险具有锚定功能,对具体危险犯的过度“口袋化”具有抑制功能。对具体危险犯进行“结果化”认定源于比例原则的要求,有助于防范具体危险犯认定中“具体危险”范围的过度扩张,实现具体危险犯认定的客观化。

【关键词】“结果化”认定;具体危险犯;抽象危险犯;结果性危险;现实危害后果

【作者简介】于冲,中国政法大学刑事司法学院副教授。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2022.2.173~185

【基金项目】本文系中国政法大学校级人文社会科学研究项目“食品安全犯罪的惩治与预防问题研究”(15ZFQ82004)、中国政法大学科研创新项目(20ZFY82003)与中央高校基本科研业务费专项资金资助的阶段成果。

在具体危险犯的认定中,行为往往不具有直观、现实的危害结果,^①对具体危险^②的认定实际上是一种基于经验对未发生的情况的盖然性推测,因而更多地依赖于人的主观判断,具有较大的模糊性。^③因此,具体危险的判定难题在加重公诉机关证明责任的同时,也加大了法院判定具体危险是否成立的难度,这极易造成两个极端:要么等具体危险造成《刑法》规定的加重结果方能定罪,导致具体危险犯异化为实害犯;要么将对具体危险的证明予以模糊化处理,导致将行为危险或者推定的危险异化为具体危险。以《刑法》第114条为例,在笔者检索到的判决书中,法院大多没有明确认定被告人实施的行为是否产生了“具体危险”,而是代之以认定“被告人实施的某种行为致被害人受伤/财产损失,危害公共安全,其行为已经构成以危险方法危害公共安全罪”。如此解释,虽然在形式上回避了对被告人实施的行为是否产生具体危险的证明,但强调“被告人实施的某种行为致被害人受伤/财产损失”也是以一定的现实危害后果为根据,对被告人实施的行为是否产生具

体危险进行了诠释。基于司法实践中的既有探索,从理论上明确倡导具体危险犯的“结果化”认定,从结果性危险概念出发,以表明行为足以导致危害结果发生的现实危害后果,作为判定行为产生具体危险的外在依据,避免具体危险犯在司法实践中异化为抽象危险犯的同时,既能有效保护法益、处罚值得《刑法》处罚的行为,又能对国家刑罚权的发动形成制约,体现了刑法上的比例原则。

一、观点的提出:具体危险犯的“结果化”认定

具体危险犯的“结果化”认定,即以一定的外在、客观的现实危害后果表征具体危险,通过一定的现实危害后果表明行为具有法益侵害性。所谓外在、客观的现实危害后果,并非具有构成要件该当性的危害结果,而是指行为造成的客观现实后果。这种后果的存在表明,行为足以导致《刑法》关于具体危险犯的条文中规定的行为造成的危害结果。现实危害后果尽管不属于符合构成要件的结果性要件,但它的存在可以被用来表征相应行为引发了具体危险。具体危险犯的成立,应当根据现实危害后果的

有无及其程度,判定行为造成的危险是否已经达到了现实、紧迫地危及法益的程度,即将具体危险的表征“结果化”。具体而言,对于具体危险犯中的“具体危险”应当进行“结果化”认定,将其认定为一种已经外化为一定现实危害后果的危险,该危险需要同时满足行为的危险+法益侵害紧迫性的双层次要求,避免在司法认定中将行为危险或者推定的危险异化为具体危险。例如,在覃某某破坏交通工具案中,行为人因索要“保护费”未果,多次在营运汽车必经的路段上放置自制蚂蟥钉,致使数辆营运汽车的轮胎被扎破,行为人以此逼迫车主交纳“保护费”。^④在该案中,行为人在高速公路上放置自制蚂蟥钉的行为,具有使车辆轮胎爆裂的危险,但该危险仅属于行为本身的危险,并不能以此认定具体危险犯的成立。这是因为,行为本身的危险实质上只是一种抽象危险而非具体危险。判断行为是否产生具体危险,需要根据行为是否造成车胎被损害等现实危害后果,来判断行为是否具有法益侵害紧迫性。行为人放置自制蚂蟥钉导致多辆营运汽车的轮胎爆裂这一现实危害后果,属于具有刑法可罚性的具体危险的外在表征。由于轮胎爆裂导致司机对车辆失去控制,极易造成车辆倾覆、毁坏的危害结果,“轮胎爆裂”便成为对行为人的行为产生“使车辆发生倾覆、毁坏”的具体危险进行结果化认定的依据。已有的实证研究成果表明,在被告人的行为构成以危险方法危害公共安全罪的260个样本案件中,法院在244个案件中均以被告人的行为造成了一定的现实损伤或者损害后果作为定罪依据。^⑤在被告人的驾驶行为被认定构成以危险方法危害公共安全罪的案件中,所有行为均已造成刮碰车辆、撞到财物、撞到人等现实危害后果。例如,被告人吕某某为逼停被害人李某驾驶的车辆,在明知高速公路上行驶的车辆众多、车速较快的情况下,故意驾驶汽车连续三次撞击李某驾驶的汽车车尾,并超车刮碰李某驾驶的汽车右侧。^⑥法院据此认定,被告人的行为可能导致不特定多数车辆碰撞、毁损及不特定多数人重伤、死亡的危害结果,其行为足以危害公共安全,符合我国《刑法》规定的以危险方法危害公共安全罪的构成要件。

基于司法审判层面以及规范层面“结果化”认定

具体危险犯的经验,可以发现对具体危险犯进行“结果化”认定的基本脉络:根据具体危险犯表现出来的现实危害后果认定具体危险。例如,2020年2月10日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》(以下简称《新冠意见》)规定:“故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体,具有下列情形之一,危害公共安全的,依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定,以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚:1.已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者,拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具的;2.新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具,造成新型冠状病毒传播的。”从《新冠意见》的上述规定可知,鉴于新型冠状病毒感染肺炎疑似病人(以下简称疑似病人)尚未确诊,其“拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具”的行为是否具有导致新型冠状病毒传播的危险难以证明,因此疑似病人单纯实施上述行为并不能被认定构成犯罪。疑似病人实施上述行为只有造成新型冠状病毒传播,才能表征其行为造成具体危险,构成犯罪。由此可见,“造成新型冠状病毒传播”实质上已经成为疑似病人的相关行为造成具体危险的结果化表征。《新冠意见》采用结果化表征的方式认定具体危险犯,有效明确了以危险方法危害公共安全罪的范围,实现了维护公共安全与保障个人权益的有机统一。因此,“结果化”认定具体危险的思路,对于认定具体危险犯具有积极意义:以一定的现实危害后果表征行为是否引发了“具体危险”,在使具体危险的认定客观化的同时,防范将具体危险的范围扩大至行为危险。

二、具体危险犯“结果化”认定的功能定位

一般认为,行为产生具体危险即可构成具体危险犯,这对于放火罪、爆炸罪等根据生活经验法则即可判定的具体危险犯一般不存在问题,但对于诸如生产、销售有毒、有害食品罪等较为专业或者不常见的具体危险犯,则较难以判断。在司法实践中,“出

于危险预防与法益保护的迫切性吁求,强调危害结果评价的结果本位主义显得更加力不从心,刑罚的根据越来越取决于行为本身的风险,而不再主要依赖于现实的侵害后果”。^⑦因此,具体危险犯的“结果化”认定,对于具体危险具有很强的锚定功能,能够有效抑制具体危险犯的过度“口袋化”,避免在司法实践中将单纯的行为危险异化为具体危险。

(一)具体危险犯“结果化”认定对具体危险的锚定功能

具体危险犯“结果化”认定的核心功能,在于根据现实危害后果这一外在、客观的结果化表征认定具体危险,将具体危险界定为具有法益侵害紧迫性且值得刑法处罚的危险类型。在具体危险犯“结果化”认定的视域下,具体危险被锚定为一种结果性危险,具体危险的认定,应当以行为造成了表明行为足以导致危害结果发生的现实危害后果为根据。换言之,对于具体危险犯的判定,除了行为本身具有危险性之外,还应以现实危害后果反映行为危险的可罚性达到了具体危险的程度。例如,行为人醉酒或吸毒后在闹市区驾驶机动车的行为本身显然具有危险性,但不能仅仅据此判定行为人的行为产生了《刑法》第114条规定的具体危险,仍需要根据行为是否产生了一定的现实危害后果,来判定行为是否引发了具体危险。这里的现实危害后果体现为广义的危害后果,例如,行为引发社会公众恐慌与社会秩序混乱,行为造成人身伤害、财产损失。

就具体危险犯的构成要件而言,只有行为造成了一定的现实危害后果,才能认定行为产生了具体危险。反之,如果行为人的行为在没有偶然因素介入的情况下,完全没有造成任何现实危害后果,则表明该行为并没有导致具体危险的产生。概言之,具体危险犯“结果化”认定的锚定功能,主要在于根据现实危害后果这一外在表征,来判断行为引发的危险是否属于值得刑法处罚的侵害法益的危险,从而判断该行为是否成立具体危险犯。这种“结果化”认定对于行政犯型的具体危险犯,以及基于生活经验法则难以判断的具体危险犯,在区分罪与非罪、此罪与彼罪方面,锚定功能更加突出。例如,在王某某以危险方法危害公共安全、寻衅滋事案中,被告人为发

泄不满情绪,向楼道内的物业工作人员投掷了两个绑有礼花弹的啤酒瓶,致使一名物业工作人员的右脚受轻微伤。^⑧在该案中,公诉机关指控被告人的行为构成以危险方法危害公共安全罪。但是,绑有礼花弹的啤酒瓶这种自制爆炸物的破坏力有限。根据被告人投掷绑有礼花弹的啤酒瓶的行为造成的现实危害后果程度(一名物业工作人员的右脚受轻微伤)可知,^⑨被告人的行为造成的最严重后果已经确定,其表明被告人的行为并不足以产生致人重伤、死亡或公私财产重大损失的危害结果,故而被告人的行为不属于使用危险方法,没有产生危害公共安全的具体危险,法院最终认定被告人的行为构成寻衅滋事罪。又如,在常某某等非法采集血液案中,被告人以牟利为目的,使用血浆离心沉淀机非法采集村民血液,获分离后的血清104袋。法院指出,尽管被告人采集村民血液的行为系违法行为,不符合国家规定的标准,但据此并不足以认定被告人的行为产生了足以危害人体健康的具体危险。法官在判断被告人采集村民血液的行为是否足以危害人体健康时,除要求被告采集村民血液的行为不符合国家规定的标准外,还要求行为造成“血清和血浆中含有严重危害人体健康的病毒”等外在的现实危害后果。被告人非法采集村民血液的行为本身并不会立即引起危害结果的发生,法院从而对被告人作出无罪判决。^⑩这表明,虽然被告人非法采集村民血液的行为具有危害人体健康的危险,但结合行为采集村民血液的实际情况,以及采集期间并没有发生任何现实危害后果,可以判定这种非法采集血液的行为本身的危险并非具体危险,因此被告人的行为不构成非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪。

(二)具体危险犯“结果化”认定对具体危险犯过度“口袋化”的抑制功能

由于具体危险犯中具体危险的判定具有很强的模糊性,部分司法解释改变了传统的由法官根据个案的具体情况认定具体危险的方法,而代之以客观推定式的认定方法,使得具体危险犯的认定朝着抽象危险犯的方向扩张,具体危险犯的认定呈现出“口袋化”的趋势。一般认为,抽象危险犯是“人们经过对无数事例的反复观察及经验归纳之后,有鉴于这

种附随于特定行为的典型危险,直接由立法方式推定‘只要从事该行为即具危险性’,刑法条文中不再以行为在个案中确实已经招致一定的危险状态为构成要件要素”。^⑩抽象危险犯关注的焦点在于行为危险本身,符合构成要件的行为当然具有抽象危险,无需根据外在的现实危害后果判断行为是否产生抽象危险。因此,具体危险犯与抽象危险犯的本质区别在于,前者除了要求行为本身具有危险性之外,还需要法官根据行为产生的现实危害后果判断行为是否对法益造成了现实、紧迫的危险。但是,部分司法解释将实践中具有高度危险性的典型情形予以类型化,规定个案中只要存在这些典型情形即可认定相关行为产生了具体危险。这种做法在减轻司法机关证明责任的同时,却混淆了具体危险与抽象危险的界限。^⑪例如,《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》(以下简称《食品安全解释》)第1条列举了生产、销售不符合食品安全标准的食品的行为造成作为生产、销售不符合安全标准的食品罪构成要件的具体危险(即“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”)的几种情形。^⑫这种类型化的解释对于具体危险的认定具有很强的操作性,只要具备该司法解释列举的情况就可以认定相关行为产生了具体危险;但是这种类型化的解释将具体危险的范围扩张至行为危险、推定的危险,在具体危险的认定上呈现出抽象危险化。根据刑法理论,生产、销售不符合安全标准的食品罪属于典型的具体危险犯,以行为“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”作为犯罪成立的条件。但《食品安全解释》规定,只要行为人生生产的食品存在“含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质”等情况,即便行为人没有将食品投入市场销售,没有对法益产生现实、紧迫的危险,也成立犯罪。这实际上使得行为人生生产不符合食品安全标准的食品的行为,只要存在该司法解释规定的情况,即可被认定构成犯罪,从而使得本罪外托具体危险犯之名,而内有抽象危险犯之实,造成理论上的前后矛盾。这种理论上的矛盾反映到司法实践当中,就容易将一些仅具有

抽象危险但缺乏具体危险的行为纳入刑法处罚的范围。例如,将生产、销售不符合食品安全标准的食品的行为一刀切地作为犯罪处理,便会导致刑事打击范围的不当扩张。这种不当扩张与刑法的谦抑性存在一定的冲突,也可能不当限制国民的行动自由。^⑬

一般认为,具体危险犯中的具体危险是一种具体、紧迫、高度现实化的危险,^⑭是一种客观存在、可观测的紧迫危险,具有转化为危害结果的高度盖然性。^⑮有学者指出,具体危险概念的主要作用是,在没有客观事实完全表征法秩序受到侵害时,为行为应受刑法处罚设定根据。具体危险是某种行为在未产生侵害法益的危害结果的情况下,不得不解决如何对该行为进行刑法评价这一问题时而使用的概念。^⑯现实危害后果的存在表明,对引发具体危险的行为给予刑法处罚具有正当性根据。具体危险作为一种结果性危险,表明行为虽然尚未对法益造成《刑法》规定的危害结果,但根据行为已经导致的现实危害后果,可以判定行为造成危害结果的可能性极大,造成法益受到侵害的可能性近在咫尺。^⑰因此,具体危险犯的“结果化”认定,对具体危险犯过度“口袋化”的抑制功能便体现为,根据现实危害后果对行为引发危害结果的可能性进行评估,将具体危险认定为造成了一定现实危害后果的危险。具体而言,将现实危害后果同《刑法》规定的危害结果进行衡量,综合判定现实危害后果能否在不经干预或没有介入因素的情况下引发危害结果,这成为抑制具体危险犯“口袋化”扩张的筛查项和把关项。例如,有观点从具体危险犯的视角解释虚开发票罪的客观构成要件,将“情节严重”视为《刑法》对虚开发票罪属于具体危险犯的规范性提示,主张限定虚开发票罪的成立范围,即虚开发票的行为达到“情节严重”才构成虚开发票罪。^⑱同理,根据《刑法》第337条,行为构成妨害动植物防疫、检疫罪要求行为有引起重大动植物疫情的危险且情节严重,这里的情节严重将引起重大动植物疫情的危险限缩为一种高度危险。^⑲

三、具体危险犯“结果化”认定功能定位的教义学基础

对具体危险犯进行“结果化”认定,在锚定具体危险犯构成要件判断基准的同时,避免对不具有刑

法可罚性的行为危险进行刑事处罚。对具体危险犯进行“结果化”认定源于比例原则的要求,防范具体危险犯认定中“具体危险”范围过度扩张,实现具体危险犯认定的客观化。

(一)通过“结果化”认定实现比例原则

比例原则是限制和规范公权力行使,避免公权力不当侵害公民自由与权利的原则。^①比例原则作为行政法上的基本原则乃至违宪审查领域的基本原则,逐渐被引入刑法领域,被用于限制刑罚权,防范刑法对行为危险的过度处罚。^②具体危险犯的“结果化”认定,在很大程度上体现了比例原则的要求。具体而言:第一,具体危险犯“结果化”认定的基本原理,在于根据现实危害后果判定行为是否造成了具体危险,将具体危险认定为结果性危险。现实危害后果作为一种客观存在,为具体危险的认定提供了明晰的客观标准,从而在一定程度上降低了认定具体困难的难度,因此符合适当性原则。第二,现实危害后果限定了行为造成具体危险的认定条件。如果根据现实危害后果可以判定行为不具有产生危害结果的可能性,那么就可以否定该行为造成了具体危险。这样既避免了具体危险犯认定的过度扩张,也避免了具有较大社会危害性的行为逃避刑法处罚,属于对公民自由损害最小的法益保护模式,因此符合必要性原则。第三,根据现实危害后果的性质,如果行为造成了一定的现实危害后果,则表明行为具有较强的社会危害性,故而以“结果化”认定的方式对具体危险犯的认定进行限制,同相关罪名的法益保护目的并不失衡,因此符合均衡性原则。由此可见,通过对具体危险犯进行“结果化”认定可实现比例原则,从而对国家发动刑罚权构成一定的限制,更好地实现保护法益与保障行为人权益的平衡。例如,在某某破坏交通工具案中,被告人拧松受害人驾驶的汽车的左后轮上的五颗螺丝。受害人在准备驾驶该辆汽车时,发现该车的左后轮已发生移位,固定该车轮的四颗螺丝已散落在地,剩余一颗螺丝亦已松动。^③在该案中,被告人拧松螺丝的行为造成受害人驾驶的汽车的左后轮向西侧倾斜,且固定该车轮的螺丝几乎全部散落。这种现实危害后果的存在足以证明,被告人的行为产生了导致受害人驾驶的

汽车发生失控、倾覆等事故的具体危险。无独有偶,在杜某破坏交通工具案中,被告人破坏了被害人的汽车的发动机上用来带动风扇和空调的三根皮带,并将发电机上连接电瓶的一截电线扯断,后又抓了几把沙土塞进机油管道。^④在该案中,被告人的行为已导致被害人的汽车遭到严重破坏,以致发动机熄火,方向盘抱紧,不能行驶。因此,“发动机熄火,方向盘抱紧,不能行驶”这一现实危害后果,便成为认定被告人的行为足以导致被害人的汽车发生倾覆危险的根据,也体现了刑法处罚的适当性原则和均衡性原则。与之相反,在丁某某破坏交通工具案中,被告人扎破了被害人的汽车的刹车油管,希望由此导致被害人发生交通事故,但被害人在驾驶该车过程中并未出现任何问题。^⑤在这种情况下,尽管被告人破坏被害人的汽车的刹车油管的行为可能导致被害人在驾驶该车时发生刹车失灵,但由于被告人的行为并未实际影响该车的正常行驶,被害人在驾驶该车过程中并未出现刹车失灵等问题,法官由此认定被告人的行为并未产生具体危险,不构成破坏交通工具罪。这种以不存在现实危害后果否定行为产生具体危险的思路,也体现了刑法处罚的必要性原则。

(二)通过“结果化”认定避免具体危险犯认定中“具体危险”范围的过度扩张

司法实践中具体危险认定的抽象危险化,在将行为危险异化为具体危险、过度扩张具体危险范围的同时,使得具体危险犯的罪名普遍呈现“口袋化”扩张的趋势。根据刑法通说,以其他危险方法危害公共安全的行为应当与放火、决水、爆炸等行为具有危险相当性。对于危险相当性,通常从性质和程度两个方面进行把握:在程度层面,行为人使用其他危险方法足以导致不特定多数人重伤、死亡或公私财产重大损失;在性质层面,行为人使用其他危险方法具有导致不特定多数人重伤、死亡或公私财产重大损失的直接性、迅速蔓延性与高度盖然性。^⑥因此,如果行为人的行为在程度上不足以导致不特定多数人重伤、死亡的危害结果,在性质上不属于足以导致不特定多数人重伤、死亡的危害结果的行为,那么就不能认定行为人以其他危险方法危害公共安全。具体而言,应当根据现实危害后果的严重程度,推定行

为产生致人重伤、死亡的危害结果的可能性;根据现实危害后果的范围,推定行为危害不特定多数人的健康或生命的可能性。例如,被告人在海水浴场的沙滩和休息甬道等处放置大量图钉,致多人受伤,引起群众极大恐慌。^②被告人的行为虽然导致了多人受伤的现实危害后果,但这种现实危害后果的程度轻微,表明被告人的行为不足以产生致人重伤、死亡的危害结果,因此被告人的行为不构成以危险方法危害公共安全罪。又如,被告人因家庭矛盾,为发泄不满,将手机、平板电脑、水果刀等物品从14楼抛出,砸坏3辆机动车。^③在该案中,被告人实施了3个高空抛物行为。每个高空抛物行为产生的现实危害后果均为财产损失后果(车辆损坏)。此种现实危害后果的严重程度表明,被告人实施的高空抛物行为足以致人重伤、死亡,但是这种现实危害后果的范围只限于特定车辆的损坏而非多辆车的损坏,因此被告人高空抛物行为并不具有导致不特定多数人重伤、死亡的危害结果的可能性,行为人故意从高空抛物的行为不构成以危险方法危害公共安全罪,应当以高空抛物罪对其定罪处罚。由此可见,通过结果化认定的方式,可以避免具体危险犯认定中具体危险范围的过度扩张,从而避免具体危险犯的过度“口袋化”适用。例如,在吴某某等妨害动植物防疫、检疫案、宫某某妨害动植物防疫、检疫案中,被告人跨市运输、销售未经检疫的生猪,部分生猪在销售后死亡并被检测出非洲猪瘟病毒。^④经查,被告人运输、销售未经检疫的生猪的行为,可能导致其他生猪易被传染上非洲猪瘟病毒。但是,非洲猪瘟病毒只传染猪而不传染人,加之被告人是将生猪销售给售卖猪肉的散户(个人),而不会接触到生猪饲养单位,同时被告人是在较长时间内持续进行运输、销售生猪的行为,期间并未导致任何重大动物疫情发生,甚至未有其他生猪被感染,因此,在未出现任何现实危害后果的情况下,行为人违反动物防疫、检疫规定运输、销售未经检疫的生猪的行为,不宜被认定产生了具体危险。

(三)通过“结果化”认定实现具体危险犯认定的客观化

一般认为,无需存在实害结果,只要行为具有法

益侵害的紧迫性,就成立具体危险犯的既遂。^⑤因此,较之实害犯,具体危险犯是一种更有效率的犯罪预防路径。但是,过度强调对行为危险的惩罚,存在“法益关联性”丧失的风险,同时也会造成刑事立法产生“有危险就有刑罚”的不当扩张风险。^⑥刑法设立具体危险犯的目的在于对法益进行前置化保护,只要行为对法益产生现实、紧迫的具体危险就成立犯罪。但是,由于任何危害行为一经实施都具有一定的危险性,认定行为构成具体危险犯,需证明行为造成的危险达到了现实、紧迫的程度,体现为一种结果性危险。^⑦为了防止对具体危险的认定存在模糊性,有必要采用结果化认定的方式,以一定程度的现实危害后果作为认定具体危险的依据,实现具体危险认定的客观化。对此需要明确的是,具体危险犯的“结果化”认定并非以事后的后果来倒推是否存在危害行为,也并非意味着现实危害后果重就认定危害行为符合构成要件,现实危害后果轻就否定危害行为符合构成要件。具体危险犯“结果化”认定的实质在于,将行为造成的危险通过一定的现实危害后果外化为可被感知的具有法益侵害性的危险。

在司法实践中,对于绝大多数具体危险犯的认定,均需要行为造成一定程度的现实危害后果。具体危险犯的刑事可罚性根据在于,具体危险的存在意味着行为具有导致危害结果发生的高度盖然性,即具体危险和危害结果的发生之间具有对应关系,危害结果未发生仅仅是因为偶然因素的介入。在确定行为危险的基础上,仍需要认定行为是否造成了法益侵害的紧迫性,即根据现实危害后果认定该行为造成的危险是否属于具体危险。但是,现实危害后果并非刑法的评价对象,其关键在于,根据现实危害后果能够认定行为具有导致危害结果发生的危险,实现具体危险犯认定的客观化。以虚开发票罪为例,“虚开发票的行为不一定伴随着逃税等目的,虚开的数额并非判断虚开行为社会危害性的唯一标准,甚至很难说是最主要的标准”。^⑧对于未给国家和社会造成现实危害后果的虚开发票行为,不能仅根据虚开发票数额较大就径直认定虚开发票行为构成虚开发票罪规定的“情节严重”。^⑨换言之,对于欠缺现实危害后果的虚开发票行为,数额较大本身并

不能表征该行为造成了具体危险。但是,由于司法实践中对虚开发票罪规定的“情节严重”作扩张解释,使得虚开发票罪的适用呈现出一定的“口袋化”趋势,不当扩大了刑法打击半径。对此应当明确:犯罪数额作为某些犯罪成立的一般门槛,达到相应犯罪数额即成立犯罪;但对于具体危险犯而言,达到一定的犯罪数额并不能当然表征行为产生了具体危险,仍需要根据一定的现实危害后果才能认定行为产生了具体危险。即使以汽油、爆炸物、煤气、天然气等危险物作为工具实施的危害行为,行为本身具有造成危害结果的直接性和高度盖然性,也仍然需要根据行为是否造成了一定的现实危害后果认定行为是否产生了具体危险。例如,行为人在房间内释放煤气并不当然构成爆炸罪。如果行为人在房间内释放煤气导致房间内的煤气浓度达到爆炸临界点,则煤气浓度达到爆炸临界点这一现实危害后果,表明行为人释放煤气的行为足以导致房间内发生爆炸,已经产生了具体危险,据此可以认定行为人在房间内释放煤气构成爆炸罪。

四、具体危险犯“结果化”认定的教义学进路

(一)以“结果化”反映具体危险是质与量相统一的危险

具体危险犯的“结果化”认定,强调不能将行为危险等同于具体危险,除了行为本身具有危险性之外,还应根据一定的现实危害后果表征行为足以导致危害结果发生,即将行为造成的危险的质与行为造成的危险的量相结合。^⑤例如,未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品的行为本身具有危险性,这种行为危险属于抽象危险,在《刑法修正案(十一)》出台之前,此类行为直接构成生产、销售假药罪。《刑法修正案(十一)》增设第142条之一妨害药品管理罪后,此类行为由构成抽象危险犯被修改为构成具体危险犯。在这种情况下,不能仅根据未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品的行为本身具有危险性,就认定该行为构成妨害药品管理罪,而是需要通过一定的现实危害后果表征该行为足以严重危害人体健康,由此认定该行为造成了具体危险。因此,现实危害后果作为具体危险的外在表征,对于认定具体危险犯具有关键意义。

1. 现实危害后果应是能够表明行为足以导致危害结果发生的后果

在司法实践中,作为认定具体危险成立根据的现实危害后果,主要包括人身伤害后果和财产损失后果。人身伤害后果即危害行为对人身造成的伤害结果,具体包括轻伤、轻微伤以及更低程度的伤害(如皮外伤、疼痛感、体表的明显擦碰感)。同时,在不同类型的具体危险犯中,财产损失后果的内容和程度也存在差别。例如,对于危害公共安全的具体危险犯,往往要求财产损失后果具有人身依附性,^⑥或者造成财产损失后果的同时危害到不特定多数人的^⑦人身安全。^⑧

需要强调的是,并非任何现实危害后果都能构成具体危险的外在表征,只有能够表明行为足以导致危害结果发生的现实危害后果,才能构成具体危险的外在表征。因此,在确定何种现实危害后果构成具体危险的外在表征之前,需要首先确定相应的危害结果基准。例如,《刑法》分则第二章“危害公共安全罪”规定的“具体危险”,一般表现为行为足以危害公共安全,所谓公共安全被危害可以被等价为“不特定多数人重伤、死亡或者财产重大损失”的危害结果。因此,对于危害公共安全犯罪中具体危险的认定,应先确定行为造成“不特定多数人重伤、死亡或者财产重大损失”这一危害结果基准,再根据该基准确认相应的现实危害后果。对于《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的具体危险犯,现实危害后果的认定也应当以该章规定的危害结果为基准。例如,生产、销售不符合安全标准的食品犯罪的危害结果基准为,生产、销售不符合食品安全标准的食品,造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患;生产、销售不符合标准的医用器材犯罪的危害结果基准为,生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料,或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料,严重危害人体健康。鉴于在个案中法官认定具体危险面临诸多困难,有的司法解释将有关罪名涉及的具体危险予以类型化,^⑨力图减轻法官在个案中认定具体危险的压力。而其对具体危险的类型化大部分实质上属于对有关

行为的类型化,存在将抽象危险异化为具体危险的可能。但从另一个层面讲,这种将具体危险类型化的思路,其实质是以有关罪名规定的危害结果为基准明确具体危险的外在表征,在降低个案中法官认定具体危险的难度的同时,客观上明确了具体危险的成立条件,在一定意义上避免了个案中具体危险认定的模糊化。

2. 通过现实危害后果表征行为具有法益侵害性

具体危险作为结果性危险,是质与量相统一的危险:在质上,行为本身具有危险性;在量上,行为造成的危险表明行为具有法益侵害性。认定行为是否构成具体危险犯,在强调行为本身具有危险性的同时,还应强调行为造成的危险达到了需要刑法处罚的量,仅行为本身存在危险不成立具体危险犯。例如,行为人向人群中投掷一枚常见的节庆用鞭炮,即使造成人群中的某人轻伤的现实危害后果,也不能据此认定行为人的行为构成爆炸罪。同理,也不能单纯根据行为人骑自行车撞击人群造成了某人轻伤的现实危害后果,就认定该行为构成以危险方法危害公共安全罪。^⑨这是因为,无论是向人群中投掷鞭炮致某人轻伤,还是骑自行车撞击人群致某人轻伤,行为引发的危险均未达到构成具体危险犯所要求的危险的量。具体危险是结果性危险,一方面意味着对于本身不具有危险性的行为直接排除可罚性,例如,行为人向公园中的行人泼水,尽管可能引起公众恐慌甚至踩踏,但不能据此认定行为人的行为属于《刑法》第114条规定的使用危险方法。如果行为人的行为对法益造成侵害,可以考虑对其适用寻衅滋事罪等罪名。另一方面,如果只是行为本身具有危险性,但没有客观证据表明该行为足以引发危害结果,亦不能认定该行为引发的危险属于具体危险。

(二)“结果化”认定具体危险的类型化

根据具体危险发生的领域,可以将其分为根据生活经验法则可判定的具体危险和根据生活经验法则无法判定的具体危险,前者主要包括危害公共安全罪中的大部分犯罪,例如放火罪、爆炸罪等,后者主要包括妨害社会主义市场经济秩序罪中专业性相对较强的犯罪,例如生产、销售不符合安全标准的食品罪等。做此区分的意义在于,进行“结果化”认定

的侧重点存在差异:对于发生在日常生活领域的危害行为,强调以“结果化”认定防范具体危险扩大至某些生活层面的危险;对于发生在专业领域的危害行为,强调根据“结果化”的表征认定行为是否引发具体危险,行为如未造成现实危害后果,或行为造成的现实危害后果表明行为不足以引发危害结果,原则上应否定其造成具体危险。

1. 以“结果化”认定防范具体危险扩大至某些生活层面的危险

所谓生活层面的危险泛指社会公众的主观感受,即将社会公众主观上的危险感觉汇集在一起便在某种程度上成为一种达成共识的价值判断。^⑩行为本身如蕴含生活层面的危险,其往往一经实施便会给人带来一定的畏惧感。在大陆法系,对于具体危险的判断多采用世俗标准,即根据一般人基于特定社会文化和生活背景对法律规定的看法来作出判断。^⑪利用危险工具、媒介(例如液化气、汽油等易燃易爆物)、手段实施的行为本身往往会造成具有迅速蔓延性、不可控性的危险,或者往往具有造成危害结果的直接性、高度盖然性,根据人类社会一般的知识和经验,很容易“一刀切”地认定此类行为会造成具体危险。对于此类行为,如果不根据具体情况进行“结果化”认定,可能会导致将某些生活层面的危险扩大为具体危险。在诸多行为人泼洒汽油自焚或者释放煤气的案件中,行为人往自己身上泼洒汽油或打开煤气罐释放煤气,往往是以此作为威胁手段来表达自己的特定诉求,诸如索要孩子抚养权、不满公司的辞退决定、不满法院判决、不满政府拆除违章建筑、向省委检举控告。^⑫在此类案件中,如果行为人的行为未造成现实危害后果,同时结合行为时的环境等因素进行综合判断,能够确认行为人对其行为引发的危险可以掌控,那么,即使行为人的行为给人带来了畏惧感,也不宜认定其产生了具体危险。

2. 根据“结果化”的表征认定专业领域中的具体危险

发生在专业领域的危害行为,对于其是否足以造成危害结果,往往难以根据生活经验法则判断,因此应根据“结果化”的表征认定行为是否引发了具体危险。行为如未造成现实危害后果,或者行为造成

的现实危害后果表明行为不足以导致危害结果,原则上应否定该行为引发了具体危险。^③

首先,具体危险作为一种结果性危险,需要借助现实危害后果来表征。尤其是发生在专业领域中的危害行为,如果其造成危害结果的概率不明,只有产生一定的现实危害后果,才能认定行为产生具体危险。例如,行为人为方便建房而拆除下坡路段部分防护栏的行为,可能导致往来车辆发生倾覆,但该行为在客观环境作用下发生危害结果的概率不明。行为人为拆除防护栏后直到案发,始终未发生交通事故,也未造成任何人身财产损失的现实危害后果。这表明,行为人拆除防护栏的行为虽然具有一定危险性但并未影响车辆正常通行,因此不宜认定该行为造成了具体危险。^④又如,乘客在公交车上拉拽司机造成了车辆摆尾、刮蹭等现实危害后果。这种现实危害后果的存在表明,乘客在公交车上拉拽司机的行为足以产生危害公共安全的危害结果,因此可以认定该行为造成了具体危险。与之相反,被告人以销售牟利为目的购买大量烟花爆竹,未经有关部门批准而将购买到的大量烟花爆竹存储在附近有较多住户的出租库房内。这种存储大量烟花爆竹的行为可能引发火灾或者爆炸,但其引发火灾、爆炸的概率不明。被告人存储大量烟花爆竹的行为持续近一年,期间没有发生任何现实危害后果。同时,鉴于被告人的主观目的是销售牟利而非危害公共安全,法院二审否定被告人存储大量烟花爆竹的行为引发了具体危险。^⑤

其次,在行为造成现实危害后果的情况下,需要进一步考察该现实危害后果的存在能否表明行为足以导致危害结果发生。即使行为造成了现实危害后果,但如果该后果恰恰表明该行为所能造成的最终危害后果已经确定,并非危害结果,则不应认定该行为构成具体危险犯。例如,对于行为人使用枪状物或者弹弓等进行射击的行为是否造成了《刑法》第114条规定的具体危险,依据生活经验法则难以判断,但如果能根据行为造成的现实危害后果确定此种行为所能造成的最终危害后果并非危害结果,则可以据此认定该行为没有造成《刑法》第114条规定的具体危险。

注释:

①本文中所称的“危害结果”特指《刑法》关于具体危险犯的条文中规定的行为造成的危害结果。例如,《刑法》第143条规定的“生产、销售不符合安全标准的食品罪”的构成要件为“生产、销售不符合食品安全标准的食品,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”。其中,“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”便是本文所特指的危害结果。

②本文中所称的“具体危险”特指《刑法》分则规定的符合构成要件的具体危险;以下所称的“现实危害后果”特指行为造成的客观现实后果,与构成要件无关。

③参见黎宏:《刑法中的危险及其判断——从未遂犯和不能犯的区别出发》,《法商研究》2004年第4期,第95页。

④参见广西壮族自治区河池市中级人民法院刑事裁定书,(2016)桂12刑终223号。

⑤参见江溯:《以危险方法危害公共安全罪认定规则研究》,《中国法学》2021年第4期,第231页。

⑥参见广东省惠州市中级人民法院刑事判决书,(2019)粤13刑初37号。

⑦劳东燕:《犯罪故意理论的反思与重构》,《政法论坛》2009年第1期,第87页。

⑧参见山东省烟台市中级人民法院刑事裁定书,(2016)鲁06刑终337号。

⑨《刑法》第115条规定的以危险方法危害公共安全罪的加重结果为“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”。在该案中,被告人投掷带有礼花弹的啤酒瓶的行为致一人受轻微伤,明显不属于引发符合《刑法》第115条规定的危害结果的情形。尽管在该案中,行为人的行为造成了现实危害后果,但这种现实危害后果恰恰表明,行为人的行为并没有产生足以引发《刑法》第115条规定的危害结果的具体危险。

⑩参见河南省唐河县人民法院刑事判决书,(1998)唐刑初字第160号。

⑪林钰雄:《新刑法总则》,元照出版有限公司2019年版,第101-102页。

⑫参见陈国庆、韩耀元、吴峤滨:《〈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〉理解与适用》,《人民检察》2013年第13期,第25-26页。

⑬《食品安全解释》第一条规定:“生产、销售不符合食品安全标准的食品,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第一百四十三条规定的‘足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病’: (一)含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的; (二)属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的; (三)属于国家为防

控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的；(四)婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的；(五)其他足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形。”

⑭参见相吉江：《抽象危险犯处罚范围的司法限制》，《天津法学》2020年第1期，第62页。

⑮参见陈兴良：《刑法总论精释》，人民法院出版社2010年版，第198页。

⑯参见敦宁：《危害公共卫生罪中危险犯的合理设置》，《河北法学》2021年第7期，第43页。

⑰参见郑军男：《不能未遂犯研究》，中国检察出版社2005年版，第217页。

⑱参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》(上)，徐久生译，中国法制出版社2017年版，第358页。

⑲参见谭堃：《论虚开发票罪中“情节严重”的具体危险构造及其判断》，《政治与法律》2021年第6期，第59-61页。

⑳参见高铭喧、马克昌：《刑法学》(第8版)，北京大学出版社、高等教育出版社2017年版，第583页；周光权：《刑法各论》(第3版)，中国人民大学出版社2016年版，第421页。

㉑参见姜涛：《追寻理性的罪刑模式：把比例原则植入刑法理论》，《法律科学》2013年第1期，第100-101页。

㉒参见王永茜：《论抽象危险犯的立法界限》，载赵秉志主编：《刑法论丛》(2013年第3卷·第35卷)，法律出版社2013年版，第127页。

㉓参见浙江省台州市中级人民法院刑事裁定书，(2019)浙10刑终939号。

㉔参见安徽省池州市中级人民法院刑事裁定书，(2020)皖17刑终57号。

㉕参见湖北省宜昌市中级人民法院刑事判决书，(2014)鄂宜城刑初字第00079号。

㉖参见劳东燕：《以危险方法危害公共安全罪的解释学研究》，《政治与法律》2013年第3期，第25页。

㉗参见山东省威海火炬高技术产业开发区人民法院刑事判决书，(2019)鲁1091刑初364号。

㉘参见上海市闵行区人民法院刑事判决书，(2019)沪0112刑初2501号。

㉙参见湖南省新化县人民法院刑事判决书，(2020)湘1322刑初650号；浙江省杭州市中级人民法院刑事裁定书，(2021)浙01刑终134号；等等。

㉚参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2011年版，第132页。

㉛参见陈京春：《抽象危险犯的概念诠释与风险防控》，《法律科学》2014年第3期，第123-124页。

㉜参见劳东燕：《风险社会与变动中的刑法理论》，《中外法学》2014年第1期，第88页。

㉝王志祥主编：《〈刑法修正案(八)〉解读与评析》，中国人民公安大学出版社2012年版，第340-341页。

㉞参见安徽省宣城市中级人民法院刑事裁定书，(2020)皖18刑终21号。

㉟具体危险与抽象危险的共同点在于二者均意味着行为本身具有危险。二者的差别在于，抽象危险在很大程度上等同于行为危险，具体危险除了意味行为本身具有危险之外，还意味行为导致的危险达到现实、紧迫地危及法益的程度。

㊱参见邹兵建：《论刑法公共安全的多元性》，《中国刑事法杂志》2013年第12期，第14-15页。

㊲参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第688页。

㊳例如《食品安全解释》第1条。

㊴参见高艳东：《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38-44页。

㊵参见蔡圣伟：《刑法问题研究》(二)，元照出版有限公司2013年版，第359页。

㊶参见周光权：《明知与刑事推定》，《现代法学》2009年第2期，第110-113页。

㊷上述情形分别对应江苏省扬州市中级人民法院刑事裁定书，(2017)苏10刑终325号；湖北省荆门市中级人民法院刑事裁定书，(2017)鄂08刑终220号；浙江省绍兴市中级人民法院刑事裁定书，(2016)浙06刑终509号；贵州省贵阳市中级人民法院刑事裁定书，(2016)黔01刑终565号。此类行为最终均被法院认定构成以危险方法危害公共安全罪，某种程度上不当扩大了以危险方法危害公共安全罪的适用范围。

㊸例如，公开的裁判文书显示，在行为人在公路上碰瓷敲诈、放铁钉趁机盗窃、放石块阻挡车辆等案件中，如果行为人的行为不能产生导致驾驶员对车辆失去控制的危险，其行为就不被认定危及行车安全，就不会被认定引发了具体危险。但是，如果行为人私自改变电梯承重能力或结构，导致电梯在运行中经常出现突然下坠、开关门装置失灵、人员被困等情况，其行为就被认定引发了具体危险。

㊹参见贵州省安顺市(地区)中级人民法院刑事判决书，(2020)黔04刑终83号。

㊺参见宁夏回族自治区固原市中级人民法院刑事判决书，(2017)宁04刑终141号。