

论刑法中的结果型情状要素

王 骏

【摘 要】“结果型情状”的“不典型性”在于描述的并非“结果本身”。甄别“结果”与“结果型情状”，必须在法益探寻的基础上进行融贯性审查。经由因果关系和结果归属的检验，与行为之间不具有条件关系或不符合通常结果归属要求的结果要素，都是结果型情状。结果型情状的存在目的，不在于表达特定法益侵害结果，不能据此直接导出所谓法益。即便采取抽象危险犯的立法模式，仍有必要坚守“结果刑法”的理念，“行为导致结果”的归责条件不可放弃。在部分抽象危险犯中，危险结果发生“本身”无法直接表述，只能通过某种结果型情状作为“中间项”来间接表征。在部分抽象危险犯中，结果型情状只是单纯限制处罚的条件，但难以在犯罪论体系内实现逻辑自恰，在立法论上需要再审视。在部分侵犯个人权利的犯罪中，结果型情状能发挥对既有实害结果的“违法性补强”作用。

【关键词】结果型情状；结果归属；抽象危险犯；中间结果；处罚条件

【作者简介】王骏(1975-)，男，湖北鄂州人，南京财经大学法学院教授，法学博士，研究方向：刑法学（江苏 南京 210023）。

【原文出处】《河北法学》（石家庄），2024.3.68～91

一、问题的提出

在以法益侵犯为核心概念的《刑法》中，分则各罪建构了一套完整的行为规范体系，要求规范相对人避免采取侵犯法益的手段，体系的形塑基础在于立法者依据经验法则确认法益侵犯的发展路径，据此在法条结构中设定一系列的构成要件。不过，法益本身是抽象性的关系概念，现实上难以感知某种法益受到侵犯的状态为何，所以有必要通过不法构成要件中的结果要素予以表达，从而将法益与人类既有认知基础上的经验性状态相连接。结果发生是我们判断外部世界如何变化的关键，涉及客观认识性及经验性的评价功能，结果要素在不法构成要件理论、法释义学以及结果归责理论的发展中扮演着不可或缺的“起点”角色。^①

刑法理论通说认为，结果是行为给《刑法》所保护的法益造成现实侵害事实与现实危险状态。^②以对法益的现实侵害作为处罚根据的犯罪属于实害犯，以对法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪属于危险犯。实害犯中的“实害”是典型的结果要素。至于危险犯，通说认为作为危害结果的危险仅指具体危险，而不包括抽象危险。具体危险是指危险程度较高，使法益侵害的可能具体地达到现实化的程度，这种危险属于构成要件的内容。抽象危险犯是指行为本身包含了侵害法益的可能性而被禁止的情形，这种危险是立法者的拟制，不是作为构成要件结果的危险。^③据此，作为“构成要件内容”的结果要素是指作为“实害”和“具体危险”的要素，或者说“构成要件结果”就是指实害和具体危险，所谓的“结果犯”也是指实害

犯和具体危险犯。例如,《刑法》第115条第1款中的“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”是对“实害”的描述,第114条中的“危害公共安全,尚未造成严重后果”是对“具体危险”的描述。相应的,第115条第1款规定的放火等犯罪属于实害犯,而第114条规定的放火等犯罪则是具体危险犯。

但是,在我国刑法分则中,存在诸多“不典型”的结果要素规定。一方面,这些要素从表面上看是对某种“结果”的表述,容易被误解为典型的结果要素;另一方面,基于各种原因,其又不是典型的“结果犯的结果要素”。最常被学者们论及的不典型结果要素,就是滥用职权罪中的“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”。对于这一“结果”要素地位的争议,肇始于对该罪故意射程要求的讨论。只要将滥用职权罪认定为故意犯,同时将“重大损失”解释为“实害结果”,则行为人主观上的认识、意志必须包含该结果以及其与滥用职权行为之间的因果关系。根据相关司法解释,“重大损失”包括“造成死亡1人以上,或者重伤3人以上,或者轻伤9人以上,或者重伤2人、轻伤3人以上,或者重伤1人、轻伤6人以上”的情形,在行为人对此等结果具有故意的情况下,以滥用职权罪“3年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑处罚,难免抵触罪刑相适应原则。不仅如此,如果行为人对“严重后果”不具有明知且缺乏相应的意志,就不能认定为故意,这也会降低滥用职权罪的成罪范围,使其几乎与故意杀人罪、故意伤害罪等罪规制范围相同,从而产生对该罪立法意义的质疑。造成这样的现象,主要原因在于“重大损失”是否一定必须解释为所谓“实害犯的实害结果”。对此,学界展开了积极的探索。一种观点主张,“重大损失”是限制处罚范围的“客观的超过要素”,不要求行为人希望或者放任这种结果发生;^④

另一种观点认为,“重大损失”属于罪量要素,或类似于德日刑法理论中的客观处罚条件,无须纳入故意的认识范围。^⑤就该要素的地位,目前仍是众说纷纭,未有定论。

此外,在以“情节严重”“情节恶劣”为犯罪成立条件的犯罪中,经由司法解释对“情节”的规定,也会出现不典型的结果要素。例如,侮辱、诽谤罪以“情节严重”为要件,最高人民法院、最高人民检察院2013年发布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《网络诽谤解释》)第2条规定,“造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的”,属于“情节严重”。又如,寻衅滋事罪以“情节恶劣”或“情节严重”为要件。最高人民法院、最高人民检察院2013年发布的《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条至第4条规定,实施寻衅滋事行为,“引起他人精神失常、自杀等严重后果的”,属于“情节恶劣”或“情节严重”。以自杀为例,在上述情形中,司法解释一方面将被害人自杀身亡的结果归属于行为人的行为;另一方面又没有让行为人承担故意杀人罪、过失致人死亡罪的刑事责任。显然,“被害人自杀身亡”并非典型的结果要素。更为显著的是,侮辱、诽谤罪保护的是他人的名誉,难以认为还包括他人生命,使他人自杀身亡是对生命法益的侵害,按照“结果是行为给《刑法》所保护的法益所造成的现实侵害事实”的定义,致使他人自杀身亡也不可能是保护他人名誉的侮辱、诽谤罪的实害结果。

不难看出,受制于通说的结果犯二分理论,不典型结果要素描述的不可能是实害犯的“实害结果”及具体危险犯的“危险结果”。同时,作为“行为危险”的抽象危险犯中也没有容纳结果要素的空间(行为犯同理),其属性难免存疑。本文称这种不属于传统实害犯的“实害结果”和具体危险犯的

“危险结果”的“结果要素”为“结果型情状要素”。一方面,这种要素以“结果”形式呈现,故称“结果型”;另一方面,该种要素又不是结果犯中的“结果本身”,因而以“情状”命名。本文拟在甄别“结果”与“结果型情状”的基础上,揭示其在犯罪论体系中的地位,同时就集体法益的构造、抽象危险的判断规则、客观处罚条件的存立意义等相关问题发表浅见,以求教于方家。

二、“结果型情状”的甄别

(一)法益探寻

既然结果是对法益的侵害或危险,那么,要区辨“结果”与“结果型情状”,离不开对“法益”的理解。或者说,不搞清楚什么是各罪所要保护的法益,无从知晓某种结果是不是对该法益的“侵害或危险”。要确定实定法中“结果”的属性,就必须追问法益为何,这正是发挥所谓法益保护作为刑法解释的指导原则的功能。从法益出发,似乎是“绕不开”的路径。可面临的问题是,这里的“法益”是“前实定法”的概念还是“实定法”的概念?

在立法论上,“法治国刑法”构成要件的创设,必须受制于“行为刑法”“法益刑法”“因果关系刑法”的“三位一体”,即《刑法》所能介入的必须是“行为导致法益受侵”这一“人际冲突”,在此,三个概念都属于“前实定法”。在立法层面,法益有体系批判功能,即根据立法者认为应当保护的利益种类和范围,法律被予以制定或认可,不具有值得保护性和需保护性的利益被置于规范之外;在司法层面,前实定法益能指导构成要件的解释,使得抽象的构成要件在个案中被具体化。前实定法的法益概念,只是意味着法益的内容即利益本身在实定法之前就已经存在,法对这种利益确认并加以保护,就使之成为或上升为法益。这就是所谓实定法的法益。^⑥不过,虽然法益是法前就存在的,而非纯实证的东西,但要探寻其内容,仍需要

从法条出发。

方法论的法益概念则主张,解释论层面的法益概念属于一种后法益概念,法益是通过《刑法》建构的,是刑法规范已经保护的范畴,从《刑法》规定的构成要件中可以发现法益概念。^⑦但是,就后法益概念的解释指导而言,其效益是有限的。因为在具体问题上,经常是经过解释之后,我们才知道个别刑法规定是要保护什么,而不是我们先知道个别刑法规定是要保护什么,然后据以解释个别刑法规定的处罚范围。到最后,个别刑法规定保护什么,和个别刑法的解释是同一个问题,所以以保护法益作为解释法律的依据,具体而言,是一个套套逻辑。^⑧“解释者在探求个罪的保护法益时,经常声称是在追寻刑法规范的客观保护目的,但实际上,他们通过客观目的解释所挖出来的,只不过是事先埋下去的东西,因而无非是一种更为隐秘的解释者的主观解释。”^⑨以“实定法的法益”作为解释“结果”属性的依据,是一个循环论证。

在超个人法益犯罪是侵害单一法益还是双重法益问题上,陷入循环论证是学界常态。以滥用职权罪为例。有学者认为,“重大损失”与滥用职权行为要件相互独立,作为并列要件而存在,这意味着滥用职权造成的职务行为公正性受到破坏的后果本身,不能归入“重大损失”的范围,不然就不是并列关系而是同位或从属关系;“重大损失”要件的存在意味着单一法益论存在不足,将“重大损失”抽象化处理后,就提炼出另一重法益,即公共利益或个人权利。^⑩论据在于:一是“重大损失”是构成要件,所以是“构成要件结果”;二是“重大损失”独立于“使职务行为公正性受到破坏”这一滥用职权造成的后果。基于这两点,“重大损失”指明了“职务行为公正性”外的另一重法益即“公共利益或个人权利”。但是,这两个论据都是“望文

生义”而来,经不起推敲。其一,从“重大损失”是构成要件且描述的是某种结果,的确可以推出其是“构成要件结果”,但某种“结果型”要素是构成要件要素,并不意味着它就是结果“本身”,只有实害犯的实害结果与具体危险犯的危险结果才是通说“结果犯的结果”。因此,如果“构成要件结果”是指“属于构成要件组成要素的结果”,所有对结果进行描述的要素就都是构成要件结果;但若“构成要件结果”是指“结果犯的结果”,对结果进行描述的要素就不一定是构成要件结果。“构成要件结果”概念的多义性,决定了依托于它导出的“重大损失”的定位必然处在摇摆中。其二,并列规定的两个要件完全可能是同位或从属关系。如侵占罪中的“拒不退还”只是对“非法占为己有”的强调,或者说只是对认定行为人是否“非法占为己有”的一种补充说明,不是与“非法占为己有”相并列的独立要素。^⑩同样,寻衅滋事罪中的“破坏社会秩序”也只是对列举的行为类型必须具备“破坏社会秩序”特性的强调,或者说将“破坏社会秩序”的要求融入对各种行为类型的解释中去,也没有与各种行为类型相独立的并列意义。所以,“重大损失”要素并非不能归入滥用职权造成的职务行为公正性受损的结果中。论者论证的轨迹是:滥用职权罪规定了两个相互并列且独立的结果要件,各自对应不同法益,即“职务行为的公正性”和“公共利益或个人权利”。本来,“重大损失”是不是实害犯中的实害结果或者说滥用职权罪是不是实害犯,需要依托该罪法益来回答,即以确立法益助力结果属性的判定;但论者却从“重大损失”的规定推出了另一重法益“公共利益或个人权利”,“公共利益或个人权利”这一法益本来是要用以判定“重大损失”属性的,现在变成了从“重大损失”导出。这便是典型的“法益与构成要件解释”的双向循环,完全看不到所谓法益解释论机能的发挥。这

种“要素”与“法益”的“闭循环”,不可能甄别出结果型要素的属性。

另一种思路是,由刑法外的其他法规来探知法益,再试图找寻《刑法》相关个罪文本的“对应项”。例如,对于骗取贷款罪的法益,有学者采取了如下的探寻路径:《商业银行法》第1条强调维护金融秩序,第82条规定骗取贷款构成犯罪的依法追究刑事责任,这说明骗取贷款侵害了贷款秩序;至于贷款秩序的具体内容,要根据相关的金融法规来确定。《贷款通则》第1条规定:“为了规范贷款行为,维护借贷双方的合法权益,保证信贷资产的安全,提高贷款使用的整体效益,促进社会经济的持续发展,根据《中华人民共和国中国人民银行法》《中华人民共和国商业银行法》等有关法律规定,制定本通则。”这就明示了就规范借款人行为而言,贷款秩序表现为“保护金融机构的合法权益”“保证信贷资产的安全”“提高贷款使用的整体效益”,据此,骗取贷款罪的保护法益为贷款秩序,具体是金融机构信贷资产的所有权、信贷资产的安全、贷款使用的整体效益。骗取贷款罪规定中的“取得银行或者其他金融机构贷款”“给银行或者其他金融机构造成重大损失”对应于“保护金融机构的合法权益”,“有其他严重情节”(《刑法修正案(十一)》已经删除了这一规定)则需要对应于“保证信贷资产的安全”与“提高贷款使用的整体效益”。^⑪这里,论者直接援引了其他金融法规的立法目的。可是,从其他金融法规直接说明行为的刑事不法,明显混淆了不同法域的不法。基于《刑法》的独立性品格,为何《刑法》所保护的贷款秩序要从《商业银行法》《贷款通则》导出,而不是从刑法文本出发?就属性存疑的“给银行或者其他金融机构造成重大损失”来说,论者的思路是,《贷款通则》表明了金融机构的合法权益在贷款秩序之列,该损失对应的正好是这种合法权益,因此属于

法益侵害结果。可是,“金融机构的合法权益”是由刑法外的金融法规而来,如何与刑法文本中的“重大损失”形成“对接”?换言之,其他金融法规所要保护的,《刑法》未必也要保护;即便刑法文本存在相应的表述,也不代表就是在“保护”它,而可能出于其他目的。吊诡的是,在稍早的论著中,论者已证成“重大损失”不是构成要件结果,而是客观处罚条件,指明骗取贷款行为本身就具有可罚的不法与责任。^⑬既然是客观处罚条件,自然不涉及不法评价,那又如何与法益勾连?后一论著对“重大损失”定位之所以准确,是因为忠实遵循了“从文本出发到达构成要件这一‘终点’”。

还有一种思路是,从个罪既有法益论入手,选取或证立“似乎”较为妥适的法益论,再以该法益论指导解释相应的罪名。例如,对于经《刑法修正案(八)》修改后的污染环境罪,学界多认为既不能采取纯粹生态学的法益论,也不能仅采取纯粹人类中心的法益论,而应采取生态学的人类中心的法益论。在这种双重法益论下,就不同法益来说,污染环境罪可以呈现结果犯与行为犯、抽象危险犯与实害犯的不同形态。^⑭采取同样路径,却有学者在肯认集合法益二元性的基础上得出了不同的结论,即“集合法益的落脚点是可实现对个体法益前置性、系统性和长远性保护的超个体法益,……这种制度性和体系性的集合特征,大量涉及国家与社会基础体系的超个体法益具有精神化和抽象化的特质,具有独立存在价值,……其是以个体法益目标为支柱、以精神化和抽象化超个体法益为延展的双重体系,是同时具备目标属性的个体法益与基础属性的超个体法益的整合性二元结构”。^⑮显然,该说只是承认“二元性”,但不认为存有“两个法益”,对抽象的环境系统性法益而言,污染环境罪只能是抽象危险犯,相关司法解释中的“结果”规定都不可能作为传统结果犯的结果。

可见,即便都是从理论到理论,仍然会对集合法益是“多个”法益还是“单一”法益存有分歧,在理论层面恐怕很难分出对错高下。

当然,在个人法益犯罪尤其是侵犯人身权利、民主权利犯罪中,较少对法益内容出现争议,甄别某结果要素是否表达该法益,相对较为容易。例如,诬告陷害罪、侮辱罪、诽谤罪、侵犯通信自由罪等均以“情节严重、情节恶劣”为构成要件,“引起被害人自杀”属于“情节严重、情节恶劣”的情形之一,对于这种结果要素,明显不在各罪法益规制范围,应作为结果型情状。

(二)融贯性审查

从刑法体系内(从文本出发)、体系外(从其他法规或既有法益观入手)探寻法益的路径,有时难以“确证”法益内容,尤其是难以明确集合法益是否包含个体法益这一“副法益”,也就很难甄别主要描述个体法益侵害的所谓“结果型情状”。但法益探寻仍然有积极意义,是我们进行甄别的基礎。在界定个罪法益时,某种法益论要完成自我证成,必须接受法教义学的严格检验,即需兼顾融贯性与合目的性的双重考量,确保由特定法益观所致的构成要件解释及处罚范围的划定,不仅在法教义学逻辑上是成立的,在刑事政策上也是合理的。^⑯可以秉持的检验思路是:通过具体罪名所处的章节确认主法益,探寻文本中是否存在“额外”的侵害要求,^⑰将此要求对应的法益作为“副法益”,检验将其作为副法益所致的解释论即“额外的侵害成为传统结果犯的结果”是否符合融贯性要求。绝不能认为只要在构成要件设定中出现一个“额外”的结果要素,就直接等同于该罪保护双重法益。^⑱另外,在少数情况下,即使不存在额外的侵害要求,但某种要素作为传统结果犯的结果明显存疑,也应加以甄别。如丢失枪支不报罪中的“严重后果”,仍然处于“公共安全”法益射程,并

非额外的一种侵害要求,但其与“不报告”之间的因果关系不明,也需要甄别。

“结果”的规范意义主要有两点:一是客观上可归属于行为人的行为;二是在故意犯中作为“明知”与“希望或放任”的对象。因此,法教义学上对“结果”要素的甄别应主要从这两点切入。就前者而言,“着手”概念发挥着重要作用。在较长进程的因果流中,必须以“着手”作为“实行行为”的起始点,区别“行为”和“实行行为”。犯罪审查的合理模式是:从结果朝前追溯,追溯至“着手”点为止,两者之间的举止就是实行行为。^⑨在此基础上,再考察结果是否能在着手时为行为人所预见,以及是否存在希望或者放任的心理态度。要甄别某要素是否描述结果本身,可以通过结果、行为要素的规范化实现。按照规范化的理解,结果是《刑法》上应当关注的结果,行为必须是“直接”指向法益侵害的行为。从拟甄别的“结果”要素朝前追溯,判断能“直接指向”该结果的行为为何,再与文本定型化的行为描述进行比对,就能判断该结果(危险实现)是否是类型化行为(危险创设)的“作品”。不具有条件关系以及虽有条件关系但不符合通常结果归属要求的结果要素,就都是结果型情状。明确这一点,对于故意的认定也有重要意义,要求行为人对没有条件关系的结果或在实施预备行为时对实行行为所导致的结果具有“明知”“希望或者放任”是不合理的。审查的具体路径便是:结果(危险实现)→行为(危险创设)→因果关系(合法则的条件关联)→结果归属(客观归责)→主观方面(认识与意志)。^⑩

以滥用职权罪为例。该罪属于渎职罪,据此确认“职务行为的公正性”是其主法益;除了“滥用职权”,法条又规定了“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”这一“额外”的结果要素,由此要素可以“暂时”析出“公共利益或个人权利”这一

副法益;最后从检验该结果要素作为传统结果犯的结果是否妥适。可以发现,一旦将“重大损失”定位为对“公共利益或个人权利”这一副法益的“实害”从而使滥用职权罪成为实害犯,将导致如下诸多问题:(1)根据相关司法解释,“重大损失”包括“造成死亡1人以上”,这就意味着滥用职权行为必须具有故意杀人罪的“实行行为性”,但对于没有故意杀人罪的“实行行为性”的滥用职权行为,司法实践仍然会将死亡结果归属于滥用职权行为;如果不认可这样的司法实践,必然会使滥用职权罪限缩在很小的适用范围内(大多数滥用职权行为不具备故意杀人罪的“实行行为性”),从刑事政策上看也不合理。(2)“造成死亡1人以上”既然是实害结果,就必然要求行为人主观上对该结果持希望或者放任的态度,这不仅有违常识(多数行为人并无这种态度),而且导致成罪范围过于狭窄;不仅如此,如果对此种结果持希望或放任的态度,对应“3年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑也不合适。(3)如果将本罪定位为过失犯罪,似乎可以避免上述问题,但是,这样无法与玩忽职守罪的罪过形式相协调,也不符合“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”的规定(滥用职权罪规定中并无过失的文理根据)。倘若将本罪作为复合罪过形式,除了存在前述缺陷外,也有悖《刑法》将故意与过失分立的宗旨。总之,经客观归责检验,滥用职权与“重大损失”通常不具备后者处在前者类型性危险范围内的归属关系;以主观罪过检验,作为故意犯罪的滥用职权罪,其意志对象也不应及于“重大损失”;如果要求滥用职权必须具有造成重大损失的“实行行为性”,故意的意志所及也必须包括重大损失,则滥用职权罪的适用范围将非常狭窄,其规制范围几乎与故意杀人罪等相同,恐失去独立为罪的意义。如此甄别的结果便是,“重大损失”属于“结果型情状”。

同理,《刑法》第148条规定的生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪中的“造成严重后果”也可被甄别为“结果型情状”,既不要求行为人对他人的重伤、死亡结果具有希望或者放任的意志,也不要求行为与重伤、死亡结果之间符合通常的结果归属条件,否则,就可以直接认定为故意伤害罪或者故意杀人罪。但是,通说基于文本中是否描述了实害或具体危险,将第141条规定的生产、销售假药罪和第144条规定的生产、销售有毒、有害食品罪作为抽象危险犯,其他生产、销售特定伪劣产品的犯罪都是实害犯或具体危险犯。^①无论如何,“生产、销售”是各罪共通的“行为”,既然在生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪中不能被认定为造成所描述“实害”的“实行行为”,在其他各罪中也应如此,通说的观念不足取。

又如,《刑法修正案(八)》第46条删除了《刑法》原第338条第1款中的“向土地、水体、大气”的文字,将“造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”修改为“严重污染环境”。最高人民法院、最高人民检察院2016年发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定了18项“严重污染环境”的情形,其中,前8项表面上不涉及结果因素,只是对行为特征的描述,此时污染环境罪好像具有行为犯性质;后9项则表述污染环境行为所带来的各种后果,包括对生态环境本身的损害和人身、财产损失等,污染环境罪似乎又可视为结果犯。有学者认为,就环境法益而言,前8种情形属于行为犯,第10、12、13种情形属于结果犯,需要进行因果关系与结果归属的判断;就人的生命、健康等法益来说,第9、11以及第14至第17种情形属于结果犯,也需要进行因果关系与结果归属的判断。在污染环境行为造成了严重的环境污染,但未对人的生命、健康等造成实害时,相对于

环境法益是实害犯,相对于人的法益只是抽象危险犯;当污染环境行为不仅对环境造成了严重污染,而且造成了人员伤亡,则对两种法益来说,都是实害犯。^②其中结果犯与实害犯性质的认定,可能存在如下疑点:(1)混同直接结果与间接结果,忽视只有直接结果才符合通常的归属条件。诚然,司法解释列举的结果情形或许能与污染环境行为之间的“条件关系”认定,^③但其中的间接结果难以通过客观归责的校验。环境污染结果具有层次性,污染行为先造成生态环境损害的直接后果,再进一步造成人身和财产损害的间接后果。由于环境具有流动性和有限再生性的特性,即便遭受损害,也不一定导致人身财产损害,两种损害是先后层面而非并列关系,环境的严重损害才是“严重污染环境”的直接和核心要素。导致间接结果出现的因果流程非常复杂而且往往历时很久,不能由行为人直接操控,污染行为只是制造了机会而已。^④在间接结果表现为人员伤亡的场合,如果污染行为直接支配了导致伤亡的因果流程,行为人就应成立不法程度更高的故意杀人罪或故意伤害罪。一言以蔽之,对于间接结果,污染行为只具有“潜在的危险”,不足以认定“实行行为性”。(2)导致罪刑不相适应。第17项规定的后果包含“致使1人以上重伤”,其对应的法定刑只是“3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金”,明显低于故意伤害致人重伤“3年以上10年以下有期徒刑”的法定刑。(3)污染行为时点的故意难以认定。对于人身、财产损害的间接结果,难以认定行为人具有故意。如第14项列举的“致使疏散、转移群众5000人以上”,如何证明行为人在实施污染行为时对此后果具有明知且持希望或者放任态度?可以设想的是,基于环境污染的缓慢进程,疏散、转移群众完全可能是在实施污染行为后很长时间(如数年甚至更长)进行,行为人对其如何预见?综

上,污染环境罪中的“严重污染环境”也是一种“结果型情状”。

甄别结果型情状的过程充分表明,认为“抽象危险犯既保护具体的个人法益,也保护抽象的集体法益;前置性的集体法益是‘阻挡层法益’,后置的个人法益是‘背后层法益’”的观点^⑤存在片面性。在立法论上,立法者确实是以保护个人法益为目的设置抽象危险犯,集体法益的出发点是保护个人法益。但是,一旦立法完成,集体法益就具有受专门保护的超个体实存地位,个人法益保护的已经“融合”在集体法益中,不再具有实存地位。正因为如此,个人法益才是“背后层”法益,它是到不了“前台”来的。^⑥在解释论上,个人法益对应的“结果”经法教义学检验,只能是“结果型情状”,而结果型情状的存在目的,不在于表达特定法益的侵害结果,不能据此直接导出所谓保护法益。

三、作为抽象危险判断“中间项”的结果型情状

(一)抽象危险的结果属性

从“原始”犯罪既遂是指“实现利益侵害结果的行为”的概念内涵出发,出于法律适用效益的观点,才必须以个别条文解释的类型样态,区分行为犯与结果犯。^⑦区分行为犯与结果犯的重要实益在于,有无判断因果关系的必要。行为犯的构成仅以一定的行为为要件,而不以侵害结果的实现为要件,也就无须检验具体事实中是否有侵害结果的实现,当然更没有行为与结果之间因果关系的认定问题,例如重婚罪只要有重婚行为就可以成罪。和行为犯相对应的结果犯除了以一定的行为为要件外,还以侵害结果的实现为要件,既要检验个案中侵害结果是否实现,犯罪既遂也以行为和结果之间具有因果关系为要件,例如故意杀人罪除了杀人行为外,还以被害人死亡结果为要件,

既遂要求死亡结果可归属于杀人行为。与此同时,通说认为抽象危险是行为的危险,具体危险才是结果危险,因此具体危险犯属于结果犯,抽象危险犯属于行为犯,分属两个不同的概念范畴。^⑧

事实上,犯罪分类的意义在于通过分类来呈现各罪构成要件该当性所应具备的不同判断要素。将抽象危险犯定位为行为犯,牵涉到对于“结果”概念的不同理解以及犯罪分类的目的选择。如果以行为造成法益危险的“结果无价值”的侵害或危险的“状态”作为解释对象,危险犯所呈现行为对于法益危险的要求,不能排除也是“结果”的一种可能解释。因此,在使用“结果”的文义符号时,要掌握究竟我们要表达的是包含法益侵害实害与法益危险状态的广义结果,还是强调与行为有时空分离、必须检验与行为是否有因果关系的狭义结果。^⑨实害犯与危险犯的区分标准在于是否造成法益的实际侵害,主要是为了进一步判断行为是否造成法益的实害才能认定既遂;与区分行为犯与结果犯是为了强调因果关系的检验才能判定既遂明显不同。因此,没有必要将两种分类掺杂在一起,进而刻意强调抽象危险犯一定是行为犯。抽象危险犯也必须存在有危险状态的危险结果,与实害、具体危险犯同属结果犯的下位类型。

只有人的行为才能引发有意义的行为法益侵害流程,也才是规范禁止的对象,这固然是理解“不法”正确的出发点,然而,如果不考量特定因果历程的发展状态,只是单从行为时点考量是否应予禁止,实际上完全无法确认什么是《刑法》所应禁止的行为模式。一个行为之所以应予禁止的原始理由,正是该行为于“后续因果流程”的利益侵害作用,只有当特定行为有可能造成法益侵害时,《刑法》对该行为的禁止才具备正当性。或者说,只有经由解释、演绎出行为有可能产生的后续作

用,视其后续作用的强弱,再决定是否将该行为纳入禁止之列,即由“结果发生”回溯行为的不法性。^③如果现实上不存在一个具体可得感知的“结果”,也就形同在规范上欠缺一个行为人应受处罚的理由,因为客观上不可能回溯确认行为人是否实施了一个《刑法》上所禁止的行为。在这一意义上,可以说犯罪是引起结果的行为类型,结果是所有犯罪共通的构成要件要素,犯罪全部都是结果犯。^④

这样看来,所谓具体危险犯是指条文中“明文规定必须发生某种危险才能成立犯罪”的说法有失偏颇。是否写有“危险”字样,充其量不过是具体危险犯的形式意义,即便没有“危险”字样,也可能是具体危险犯。具体危险的实质意义在于,必须要在个案中判断行为确实导致了法益的具体危险状态,即“行为的客体在具体案件中真实地处于危险之中,也就是说,结果的不发生仅仅是偶然的”^⑤。以危害公共安全罪为例,其法益公认为“不特定或者多数人的生命、身体及财产安全”,具体危险意味着不但必须有不特定或者多数人进入行为的作用领域,同时其生命、身体及财产安全面临现实上直接而紧迫、随时可能发生实害的状态。不同的是,抽象危险犯不要求所谓相应对象进入行为的射程范围,也不要求时间上的紧迫性。换言之,抽象危险犯无法以正面定义(不能说明何为“抽象”危险),只能以负面解释(不是具体危险的就是抽象危险)。^⑥因此,抽象危险犯与具体危险犯一样,也是“结果危险”的犯罪,而不是所谓“行为危险”的犯罪。

(二)抽象危险犯的功能

如所周知,在现代社会追求风险管控的潮流下,抽象危险犯成为分配社会风险的最佳立法手段,甚至是保护超个人法益所采取的主要立法模式。因应严重且难以预测的社会风险,尽可能提

前预防危险行为向实害的转化,故而将法益抽象化和保护前置化。将抽象危险犯的不法评价重心置于“行为本身所具有的危险性”,就是这种“前置保护”功能的体现,但这仅是抽象危险犯功能之一。

由于风险社会情势下风险的高发性和不确定性,使得实害发生的因果流程难以识别和确认;另外,风险社会中形成实害的风险作用机制错综复杂,导致难以将实害结果具体归责于特定行为人。无论是实害犯还是具体危险犯,都无法避免因果关系和归责上的难题,只能采取抽象危险犯的立法方式。以环境犯罪为例,基于实害结果的不确定性以及因果关系的难以预测性,“累积性”的思考方式就为“行为与法益之间的实质对应关系”(任何犯罪都必须具备)提供了一定的连接性,作为这种对应关系的基础。^⑦一方面,生态系统破坏体现出典型的“行为共害”特征,个别污染行为往往难以构成对生态系统的整体破坏,但多人多次污染行为渐次累积起来则会导致生态系统的严重破坏,故对单个污染行为也有预防必要;另一方面,生态系统的复杂性决定了侵害程度、过程或因果关系难以把握而使法益侵害体现出一定的偶然性,某种污染行为的侵害后果可能要经历代际更迭才能体现,因而必须提前到法益风险产生的初始阶段就加以预防。^⑧认为污染环境罪“既可能是行为犯也可能是结果犯,也可能是危险犯与实害犯”的观点^⑨存在疑问。

另外,超个人法益往往具有集合性、抽象性和精神化的特点,无法进行实害描述,不存在所谓实害判断的逻辑问题。这类法益主要用来保护全局性和系统性的、难以通过实存客体加以保护的实体安全和秩序,无法对应侵害的实体对象,也不能直接还原为具体个人法益。^⑩由于不能表达为依靠作用对象实际状态判断的实害或具体危险,只

能采取抽象危险犯的规范形式。例如,一般认为伪证罪的法益为司法活动的公正性,但怎样的损害算是对“公正性”的实害,立法者难以描述,如果不能把握何为“实害”,也就无从判断何为“具体危险”,因此,对“司法活动的公正性”这种精神化法益,唯一可行的立法方式就是抽象危险犯。

问题是,是否只有采取“仅描述行为”方式的抽象危险犯立法,才能实现上述功能?答案显然是否定的。前已述及,抽象危险只能从负面定义,只要立法表述不触及“实害”与“具体危险”即可,这就为存在“结果型情状”的规定提供了解释空间,也就是在抽象危险犯的框架下理解这种要素的属性。

(三)作为抽象危险判断“中间项”的情状

1. 抽象危险判断的特殊性

立法者将对外表征出法益侵害的“损害状态”内化于不法构成要件的结果要素,综合结果、损害与法益侵害三者的对应关系,分则各罪的设立原型即以所谓“结果刑法”为典范,特别是指实害犯的类型。立法者对实害犯的不法构成要件结果所进行的文字描述,在意义上提出直接等同于法益侵害,即“法益侵害结果”。与实害犯同质,具体危险犯中对具体危险的文字描述,也被等同于法益危险,即“法益危险结果”。或者,实害犯与具体危险犯中的有关文字描述,都是针对“结果本身”。

抽象危险犯则有所不同。危险是“法益侵害的可能性”,以保护法益的直接关联性为前提,即“直接的危险”。如果只是“某种事态发生的可能性”,严格来说尚不能称为危险。抽象危险其实是通过经验上想定的“其他事态”发生可能性来间接判断保护法益的危险。这个“其他事态”就成为介于行为与法益之间,判断法益侵害可能性的“中间项”。因此,抽象危险犯始终保有结果要素,只不过这种要素承继了结果原有的“表征侵害现实”的

功能,结合特定关联对象于外部世界的自然性或社会性变化,转化为“已创成危险的特殊事件”,这种“中间结果”作为法益危险的间接证明。“结果型情状要素”正好能起到这样的作用。“危险行为+结果型情状”的结构生成了“两步法”归责:第一步是危险行为与结果型情状是否具有因果关系(采取条件说),如果答案为肯定,表明该情状可归责于行为人;第二步是结果型情状表征的危险状态与抽象危险结果之间是否具有客观上的归责关联。只不过,因为抽象危险结果的难以把握,立法者才运用“结果型情状”作为判断的“中间项”,因此第二步的归责关联是立法拟制的,实务中无须检验。这种归责模式的实益在于:一方面通过“结果型情状”展现了危险结果必须存在,才可以判断为犯罪既遂,实现限缩刑罚扩张的目的;另一方面也利用抽象危险犯行为与危险状态的因果关联不需要积极证明的立法选择,解决个案证明具体因果关联的困境。

总之,对于侵害测定困难的法益来说,实害犯与具体危险犯根本就是不能采取的立法模式;至于侵害测定可能的法益,结果型情状与“侵害对象进入行为的射程范围、侵害发生时间上的紧迫性”的具体危险无涉,仍是判断抽象危险的中间项。

2. “中间项”的功能展开

就“侵害测定困难的法益”,以寻衅滋事罪为例说明。该罪规定的行为类型中,除了“在公共场所起哄闹事”有“造成公共场所秩序严重混乱”的结果描述之外,其他几种行为都采用了“情节恶劣”“情节严重”的情节犯模式。相关司法解释在对“情节恶劣”“情节严重”进行列举时,既有“致1人以上轻伤或者2人以上轻微伤”的“实害结果”标准,也有“多次”“持凶器”等行为属性标准。那么,能否据此认为寻衅滋事罪既是实害犯又是行为犯?答案是否定的。寻衅滋事罪的法益为抽象

的公共秩序,具有抽象性和精神化的特质,难以测定法益受到“怎样”及“何种程度”的侵害,“致1人以上轻伤或者2人以上轻微伤”的结果只是局部可查的扰乱公共秩序的要素,并不是直接描述对整体公共秩序这一法益本身的侵害。^⑧因此,相关司法解释中对“情节恶劣”“情节严重”列举的结果都是情状要素,是判断“造成公共秩序混乱”这一抽象危险的“中间项”。即便是对“在公共场所起哄闹事”行为类型立法上有“造成公共场所秩序严重混乱”的“结果”描述,也只能将其理解为抽象危险。^⑨

就“侵害测定可能的法益”,以危险驾驶罪中的“醉驾”为例说明。作为危险驾驶罪法益的“公共安全”内容为不特定或者多数人的生命、身体及财产安全,这是一种可以具象化描述的法益,实害犯、具体危险犯、抽象危险犯的立法模式都能选择。如果选取抽象危险犯的立法方式,所要求的是一种对法益的“潜在”危险而不是“具体”危险,从而区别于具体危险犯。也就是说,现实上不需要有法益承载对象进入行为影响领域,也无须要求时间上的紧迫性。但这不代表抽象危险的判断只能存在于行为时,行为后也有判断危险性的空间。像是德国刑法第325条空气污染罪“有损害他人健康、动物植物或其他重大价值之物之虞的大气变化”的规定,就是一种特殊的“行为后状态的危险性”,但仍是一种“一般性”的判断,不需要有具体的保护对象进入行为影响领域及时间上的紧迫性。在我国,作为抽象危险犯的醉驾立法本无须考量具体危险的有无,但司法实践企图通过对具体危险的现实考量限缩处罚范围,这就抵牾了立法隐含的扩张性处罚的规范目的,从而存在将该罪归之于具体危险犯的嫌疑,学界也陷入了能否“反证”不存在现实危险的无休止的争论。对此,需要厘清其中何为“具体危险”、何为“抽象危

险”。人们经常说,在空无一人的广阔地带醉驾,不会发生对任何人的危险。其中的“危险”判断,已经在考察“有没有人进入醉驾领域”了,显然是一种具体危险。更为重要的是,“空无一人的广阔地带”是否经过排查,经过了怎样的排查?“通过一次可靠的排查以排除任何危险也基本上是不可能的”,“如果有谁赞成在排除任何危险时进行目的性限缩,那就使得……抽象危险型犯罪不再是抽象危险性犯罪,而成为具体危险型犯罪了”。^⑩对抽象危险犯进行“具体危险”的目的性限缩解释,从方法论上就是错误的。但是,对“抽象危险”加以限缩是完全正当的。人们似乎已经习惯以“血液酒精含量”为标准“一刀切”地认定“醉酒”,可是,超过这一酒精含量的人可能驾驶能力并未下降,没有达到这一酒精含量的人也可能驾驶能力已经下降。因此,所谓抽象危险并非通过“血液酒精含量”来简单认定,而是有赖于行为人是否有能力安全驾驶,“不能安全驾驶”的状态才是判断重点。“血液酒精含量”是依循程序意义上的经验法则所建构的具体化标准,同时作为一种带有间接证明效果的事实基础,是证明能否安全驾驶的证据方法之一,是“醉酒”的标准而非“不能安全驾驶”的唯一标准。因此,有必要借助不成文的“不能安全驾驶”这一“结果型情状”,作为判断醉驾所致抽象危险的“中间项”,以此实现对抽象危险的限缩解释。需要明确的是,“不能安全驾驶”虽然表征了醉驾行为的危险性,但这种危险性相对于公共安全仍是一种“潜在的危险性”,即抽象危险而不是具体危险。

3. 对“中间项”的主观要求

对作为“中间项”的结果型情状的主观要求,取决于其定位。现有的各类解决方案,无论是客观的超过要素说、罪量要素/客观处罚条件说、主要罪过说,还是故意的要素分析模式说,本质上都

是通过放宽故意的成立标准,倡导多元化的故意类型。但故意的标准调整不仅影响故意认定,故意犯的构造更具有整体性,每个要件都具有牵一发而动全身的特点,无法随意对某一要件进行改动。^④例如,客观的超过要素说虽正确把握了这种要素与普通构成要件结果要素的不同,却认为对该种要素不要求行为人认识(但应有认识可能性)。可是,即便是“超过”的要素,但依然是客观的不法要素,既然如此,又怎能在故意的认识之外?一方面不要求行为人现实上认识;另一方面又让行为人承担故意犯的责任,这显然是自相矛盾。在本文看来,与抽象危险犯也是结果犯对应,故意的抽象危险犯中“明知”与“希望或者放任”的对象都是抽象危险这一结果,作为判断这一结果“中间项”的结果型情状并非结果本身,自然不能理解为《刑法》第15条第1款故意犯罪定义中的“危害社会的结果”。但是,作为与行为具有因果关联的后果,结果型情状仍是不法要素,既然如此,就不可能脱逸于故意的认识范围。这种情况下的主观构造便是:行为人明知自己的行为会发生某种抽象危险结果,并且希望或者放任这种结果发生,结果型情状作为一种特定化的不法要素,只是要求行为人认识到,无须对其具有希望或者放任态度。

至此,本文都是在“故意犯”的范围内讨论所谓“结果型情状”。存在的疑问是:前文所述是否也可适用于过失犯?或者说,能否承认所谓过失的抽象危险犯?如在滥用职权罪中,一些滥用职权行为虽然导致了他人死亡的结果,但行为可能不具有故意杀人罪的“实行行为性”,行为人对死亡结果也并无希望或者放任态度,但司法实践依然会将死亡结果归属于滥用职权行为。这表明,“死亡结果”只是判断“使职务行为公正性受损的抽象危险”的“中间项”,该罪的“重大损失”就应被

作为一种结果型情状。问题是,在玩忽职守罪中,“重大损失”是否也是如此定位?就成立过失犯所要求的“法益侵害结果”来说,使职务公正性受损的抽象危险本身就是“法益侵害结果”,这一结果通过实定法“重大损失”的情状得以间接体现。但就成立过失犯所要求的“实行行为”而言,《刑法》往往并没有严格规定,在定型上显然比故意犯要缓和得多,这就导致在故意犯中难以成为“实行行为”的情形,在过失犯中可能具有“实行行为性”。故而,在滥用职权罪不能成为“实行行为”的,在玩忽职守罪中就可能具有“实行行为性”。基于“玩忽职守”实行行为的缓和性,通过由“结果”回溯考察“着手”的法教义学检验,可能难以否认行为与结果之间的“直接指向性”,似乎没有必要将“重大损失”作为“中间项”,而应直接作为“最终项”的结果。但是,其一,在过失犯中,实行行为也必须具有导致结果发生的“紧迫”危险,即使其定型性比故意犯缓和,但仍然需要具体判断有无“紧迫性”,因此,认为过失犯中行为与结果之间都具有“直接指向性”显然以偏概全;其二,既然滥用职权罪是与之对应的故意犯罪,“职务行为的公正性”是二者共同的法益,在滥用职权罪采取“抽象危险行为+结果型情状”的立法结构、定位为抽象危险犯的情况下,不能认为玩忽职守罪是针对“重大损失”体现的所谓“公共利益或个人权利”法益的实害犯。

四、作为抽象危险犯“处罚条件”的结果型情状

(一)作为“处罚条件”的适例

1. 丢失枪支不报罪中的“严重后果”

《刑法》第129条规定:“依法配备公务用枪的人员,丢失枪支不及时报告,造成严重后果的,处3年以下有期徒刑或者拘役。”丢失枪支不及时报告,只有造成严重后果的,才成立丢失枪支不报

罪。关于“严重后果”的性质,学界存在较大分歧。有学者认为,不及时报告并不一定是造成严重后果的原因,和造成严重后果之间有因果关系的是“丢失枪支”的行为,而不是“不及时报告”的行为。本罪之所以受到处罚,是因为丢失枪支后应当及时报告而没有及时报告。^⑩据此,“严重后果”依然是本罪的“实害结果”,只不过其原因行为是“丢失枪支”,显然,这是将“丢失枪支”和“不及时报告”都作为本罪的行为看待,只要二者之一与“严重后果”具有因果关系即可。但是,该观点又承认本罪的处罚对象是“不及时报告”行为,既然如此,舍去作为关键行为的“不及时报告”而以只是本罪成立“前提条件”的“丢失枪支”去认定因果关系,不得不说是有疑问的。有学者认为,“严重后果”虽然是构成要件客观方面的要素,但必须和“典型的违法要素”相区别,属于“内在的客观处罚条件”。一方面,内在的客观处罚条件使得先前“不及时报告”的危险增大到了可罚的程度,对违法性有所影响;另一方面该条件是否能够出现,取决于很多偶然因素,虽然要求行为人存在认识,但只需要存在“极有可能发生”的高度模糊性认识即可。^⑪这一观点看到了“严重后果”不是典型的结果要素,这一点值得肯定。但是,其一,“对违法性有所影响”的结果要素有赖于其对行为的归属,因果关系的证立必不可少;其二,“极有可能发生的高度模糊性认识”所指为何,实务如何操作?恐怕都有待明确。还有学者提出,“严重后果”虽然是构成要件要素,但只是为了控制处罚范围,不需要行为人对之具有认识与希望或者放任态度,基于“超出了故意内容”这一点,属于“客观的超过要素”。^⑫可是,既然是“客观的超过要素”,就依然是客观的、影响违法性的要素,它就不属于客观的“超过”要素。此外,为何原则上客观要素需要认识到,少数情况下又不需要认识到而只需要有认

识可能性?也缺乏必要的证明。实际上,即使及时报告,也不一定能阻止严重后果发生,不及时报告与严重后果之间不存在条件关系,“严重后果”并非不法要素,只是单纯限制处罚的结果型情状。

2. 骗取贷款罪中的“重大损失”

《刑法》原第175条第1款规定:“以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”实践中对“其他严重情节”的理解存在很大偏差,使人罪范围过宽。鉴于此,《刑法修正案(十一)》第11条删除了“或者有其他严重情节”的规定,仅处罚以欺骗手段获取贷款,给金融机构造成重大损失的行为。在实务中如何正确把握“给金融机构造成重大损失”的含义,就是较为紧要的问题。

有学者指出,认定金融机构的重大损失以被告人实施欺骗行为为前提,即只能在与被告人的欺骗行为相关联的意义上理解金融机构的损失。对于这里的欺骗手段,不能理解得过于宽泛,必须是就“重要事项”的欺骗,即限于可能严重影响金融机构对借款人资信状况,特别是还款能力加以判断的实质性事项。说到底,只有在行为人编造涉及抵押物价值、资信证明等虚假材料,导致金融机构高估其还款能力时,才可以认为行为人使用了“欺骗手段”。^⑬的确,就所谓“重要事项”进行欺骗,会影响金融机构放贷时的自由决策,如果金融机构知晓相关真实情况,就会基于风险控制等考虑而不予发放贷款,但这也仅仅是证立了“欺骗”与“发放贷款”间存在因果关系,并不能证实后面的“重大损失”也是由欺骗导致。过往的实务也往往忽视对“欺骗导致重大损失”的证明,实际上以“取得贷款”作为“因”替代了“欺骗”。在钢浓公司、武建钢骗取贷款案中,武汉市中级人民法院认

为,被告单位钢浓公司及被告人武建钢在申请贷款过程中,提供虚假证明文件,夸大偿付能力,以欺骗手段取得光大银行青山支行保理融资款2000万元,并导致1503.5万元不能归还,给银行造成特别重大损失,均已构成骗取贷款罪。^④对于以欺骗手段取得融资款后是如何“并导致”1500余万元不能归还的,其间欠缺必要的证明。不过,恐怕不是审判机关不想去证明,而是难以证明。于此,可以参考台湾地区刑法重利罪的规定。该罪在构成要件中之所以不要求“财产损失”要素,是因为要确立“公平价格”的范围极为困难,可能牵涉到不同时点上的供给和需求关系、个人对于未来事件的评价标准、资本生产力以及财货的边际效用等因素,在公平利率的确定上,又与工资率、劳工数量、现有可供支配雇佣工人的资金多寡、竞争的人数、因生产期延长缩短所致的生产能力等级的改变等诸多因素有着密切的关联,在因果上欠缺透明性。以当今的立法技术而言,想要将这些因素充分考虑之后,再来确定实害的界限,根本是一件不可能完成的任务,因而只能采取抽象危险犯的制裁结构。^⑤在骗取贷款罪中,同样存在因果关系难以认定的问题。通常认为,就“可能严重影响金融机构对借款人资信状况特别是还款能力判断”的事项进行欺骗,取得贷款后发生不能还本付息的,成立典型的骗取贷款罪。问题是,借款人的资信状况是流变的,借款时没有欺骗且资信状况良好并不意味着能正常还本付息,借款时资信状况较差且对此进行欺骗也完全可能后来正常还本付息,是否会造成金融机构重大损失主要是由使用贷款的状况决定,或者说,能否正常还本付息很多时候是一种“偶然”。既然如此,如何能肯定欺骗行为与重大损失之间具有条件关系?

就故意内容来说,骗取贷款的行为人只是以“骗”取得贷款,并非以“骗”造成重大损失。如果

“重大损失”是典型的结果要素,就需要行为人对重大损失具有故意,即明知自己的行为会造成金融机构的重大损失(不能还本付息),并且希望或者放任这种结果的发生。可是,如果行为人明知自己不能还本付息,依然以欺骗手段向金融机构申请贷款,就已经符合了贷款诈骗罪的主客观要件,而不能仅以骗取贷款罪论处。^⑥

综上,骗取贷款罪不是实害犯,其中的“重大损失”只是作为客观处罚条件的“结果型情状”。

(二)“处罚条件”的立法论反思

刑法学上公认,结果犯的成立,以行为与结果之间具有因果关系为必要条件。按照条件说,当能确定没有行为就没有结果时,就可以肯定二者之间具有因果关系。这一要求是基于预防目的而来。对一般人而言,如果处罚一个对结果的发生毫无作用的行为,根本不能达成预防目的。当然,因果关系的判断必然受到人类认知能力的限制,只能在人类能力的极限内进行判断。无论如何,结果作为决定客观不法的因素,其必要条件是因果关系。问题是,因果关系能否比条件说有所缓和?既然立法者已经在实证法上将某种结果作为客观不法的必要条件,试图缓和条件说的所谓“风险提高理论”就不能被接受。结论是,作为处罚条件的结果型情状因不符合条件关系,不是不法要素,当然无须为故意所及。这种要素之所以出现,是因为立法者想借此限制处罚范围,同时回避因果关联和主观罪过证明上的困难,形成了“抽象危险行为+处罚条件”的构造。虽然已不是传统结果犯而是抽象危险犯,实证法却仍保留了结果要素,既像传统结果犯,又像抽象危险犯,又像结果加重犯,使得适用复杂化。

如所周知,对于客观处罚条件的地位,存在激烈争议。通过引入“需罚性”“不法→责任→处罚条件”的犯罪成立体系得到了有力提倡,即具备不

法和责任只是说明了“应罚性”,在启动刑罚时还需考虑“需罚性”,客观处罚条件只表示需罚性。前者以评价因素为主,后者着重预防目的。^④问题是:(1)犯罪行为的无价值评价和处罚的合目的性不可能分离,“应罚性”与“需罚性”的对立,会造成一种在绝对报应刑论的基础上“嫁接”完全异质的预防刑论的印象。哪些因素属于评价性的,哪些因素属于目的性的,本就难以区分。根本原因是,是否对行为作出负面评价,如果不是从刑罚目的出发,如何作出评价?举例来说,以“法益侵害”作为决定应罚性的标准,正是考虑到刑罚目的是预防新的法益侵害,才有“需罚性”,既然如此,应罚性与需罚性就不可能区分。即使为了理论分析方便区分二者,这二者也是同时在不法与责任、不法与责任之外的成立要件中都被一体考虑,而不是在不法与责任要件上只考虑应罚性,在不法与责任以外只考虑需罚性。(2)“需罚性”会使得犯罪论体系内部产生矛盾。“需罚性”体现的是“值得处罚”这一整体特性,包含了不法与责任,将其置入犯罪论体系,就产生了用一个单一概念同时表示体系的“整体”与“部分”的理论矛盾,陷入由“需罚性”为“需罚性”提供根据的循环论证。(3)“需罚性”概念不具有足以构成犯罪论中独立范畴的明确轮廓和具体内容。“值得处罚”这一概念使得判断对象必然是无所限定的,对于具有“分析性”的犯罪论体系而言,赋予这种“综合性判断”以独立评价阶段的地位,显然是不合适的。^⑤综上,作为抽象危险犯处罚条件的结果型情状,难以在犯罪论体系内实现逻辑自恰。

以结果发生为处罚前提,事实上必然有限制处罚的效果,刑罚对国民基本权利可能的侵害范围缩小;但相对而言,《刑法》容许国民基本权利受到某种危险行为侵害的可能范围则扩大。以丢失枪支不报罪为例,附加“造成严重后果”的处罚条

件,成罪范围缩小,被处以刑罚的范围也缩小;但相对来说,丢失枪支后不报告,会使危险进一步提高,如果《刑法》要等到造成严重后果才介入,势必难以周延保护公共安全。因此,在决定是否附加处罚条件时,必须考量相对利益的保护,而不能不附理由地为了限制而限制。更何况,限制处罚范围的方式很多,可以在主观要件上限制,也可以对行为样态作限制,并不一定只能附加处罚条件。既然抽象危险犯也是结果犯,那就完全可以选取某种与行为至少具有条件关系的“结果型情状”来作为判断危险的“中间项”,同样可以起到限制处罚的作用。即使无法找到合适的“中间项”,也可以只表述行为,通过解释论把握作为结果的抽象危险。

五、作为实害犯“违法性补强”要素的结果型情状

在本文看来,侵害个人法益的犯罪类型,概念上都是结果犯。只不过,在解释论上既有犯罪行为与侵害结果分离的狭义结果犯,也有犯罪行为本身已经隐含利益侵害结果实现的广义结果犯。就后者而言,无须另行检验侵害结果的实现。如公然侮辱他人的行为,就已经隐含了毁损他人名誉的结果。这种结果从经验上可以观察得知,因而是一种“实害”,只是“无须检验”罢了,是抽象危险犯中“无法检验”的所谓“实害”。但是,因为缺乏狭义结果犯那样直接的实害描述,立法上可能需要利用结果型情状要素进行违法性补强,以使其达到可罚程度。

一种情形是,在刑法分则条文以“情节严重、情节恶劣”作为成立犯罪的条件时,司法实践有时会将体现该罪法益外另一种法益对应的结果或者明显超出行为通常射程范围的结果作为“情节严重、情节恶劣”的表现。例如,《刑法》第246条规定的侮辱、诽谤罪要求“情节严重”,《网络诽谤解

释》第2条规定,“造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的”,属于“情节严重”的情形。又如,《刑法》第248条规定的虐待被监管人罪也要求“情节严重”,最高人民检察院2006年发布的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》(以下简称《渎职罪立案标准》)将“虐待被监管人,情节严重,导致被监管人自杀、自残造成重伤、死亡,或者精神失常”作为立案标准之一。侮辱、诽谤罪的法益是他人名誉,造成被害人自杀等严重后果对应的法益显然不是名誉而是生命、健康法益。虐待被监管人罪的法益是人身自由,虽然可以延伸保护人的生命、健康,但导致被害人自杀等后果显然超出了虐待行为通常的射程范围。正因为如此,在上述情形中,司法解释一方面将自杀、自残等结果归属于行为人的行为;另一方面又没有让行为人承担故意杀人罪、过失致人死亡罪等罪的刑事责任,明显不同于通常的结果归属。^⑤上述司法解释使得“情节严重”的立法中包括了结果型情状要素。

另一种情形是,刑法分则条文虽然没有将“情节严重、情节恶劣”规定为犯罪的成立条件,但由于法条文字表述可能导致处罚范围过于宽泛,事实上需要情节严重、恶劣才能以犯罪论处时,为了限制处罚范围,司法实践也会采取前一种情形的做法。例如,刑法规定的刑讯逼供罪、非法搜查罪、非法拘禁罪、暴力取证罪、报复陷害罪没有“情节严重”的要求,但《渎职罪立案标准》规定,“导致被害人自杀、自残造成重伤、死亡,或者精神失常的”,均构成相应的犯罪,成为成立犯罪的一种情形。《渎职罪立案标准》将体现某罪法益外另一种法益对应的结果或者明显超出行为通常射程范围的结果作为犯罪成立标准,使得结果型情状要素实质上成为犯罪成立条件。

有学者认为,在前一种情形中,“情节”并无限

定,只要是表明行为不法的情节即可,自杀等结果虽然不能进行通常的结果归属,但毕竟是构成要件行为所引起,可以认为增加了不法程度;但在后一种情形中,引起自杀等只是单纯的客观处罚条件。^⑥在本文看来,刑法分则条文是否规定了“情节严重”“情节恶劣”并非重点,不能因是否有这种规定而使结果型情状存在不法要素与处罚条件之别。关键在于,在两种情形中,结果型情状都是由构成要件行为引起,仍在“行为不法”的射程范围内,因而是对违法性进行“补强”的要素。客观处罚条件不可能与构成要件行为存在条件关系,不具备不法要素的资格,不存在结果归属的问题。^⑦

可以肯定,上述犯罪并不是以“情状”为结果的实害犯。侮辱、诽谤行为一般会造成被害人名誉的贬损,但这种实害无法具体判断,所以理论上一般认为其是抽象的危险犯。也有学者认为,抽象危险犯还包括刑法拟制的实害,侮辱、诽谤罪可以认为是拟制的实害犯。^⑧不难发现,上述两种情形涉及的都是侵犯自由、名誉、民主权利的犯罪,只要完成构成要件行为,难以想象对于被害人没有产生相应法益的实害。既然行为本身在经验上几近绝对代表着法益侵害结果的存在,就不值得再动用司法资源对于实害的存在作原则性的审查。^⑨据此,这些犯罪都是实害犯。从构造上讲,“行为”表述涵摄了“行为造成权利损害的实害”,其后的“结果型情状”是对前面实害犯违法性的补强,不会改变实害犯的本质;结果型情状适用缓和的结果归属,主观明知与希望或者放任的结果是前面“行为造成的实害”,对后面的结果型情状只要具有认识即可。

结语

《刑法》的功能在于保护法益,但法益是一个抽象、观念性的关系概念,因此,一个具备刑事不法的法益侵害有必要通过结果要素予以表达,从

而使抽象、观念性的法益能在人类既有的认知基础上连接至经验性的侵害状态。换言之,行为的刑事不法系由一个具体可感知的损害结果回溯地确认。随着社会结构的变迁,特别是工业化、资讯化及科技化的发展,社会系统的运作更趋复杂,社会活动可能招致更多潜在的侵害风险。为了让法益保护更为周全且更具效率,立法者广泛采用抽象危险犯的模式,积极介入个人自由领域,甚至是满足纯粹的行为控制需求。即便如此,抽象危险犯的立法设计与解释,仍然必须遵循“行为引起结果”的原则。鉴于抽象危险犯结果的危险状态难以具象化表达,只能借由某种“中间项”要素间接证明,“结果型情状要素”就起到了这一沟通作用。在超个人法益犯罪中,需要审慎甄别直接表述结果本身的结果要素与间接证明结果的“结果型情状要素”。当某种“结果型”要素与行为具有事实因果关联但不符合通常的归属要求时,就是判断抽象危险的“中间项”;如果某种“结果型”要素与行为间连事实因果关联都不能肯定,那就只是作为限制抽象危险犯处罚范围的条件。但以结果型情状作为单纯处罚条件,面临犯罪论体系上的矛盾,在立法上要谨慎使用。此外,在部分侵犯个人权利的实害犯中,结果型情状能发挥对既有实害结果的“违法性补强”作用。

注释:

①参见古承宗:《刑法第190条之1的不法归责与构成要件解释》,载《月旦法学杂志》第290期(2019年7月),第53-54页。

②参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第166页。

③参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第121页。

④参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第1246-1247页。

⑤参见陈兴良:《判例刑法学》(下卷),中国人民大学出版社2017年版,第683-684页。

⑥同前注②,张明楷书,第62-63页。

⑦参见刘孝敏:《法益的体系性位置与功能》,载《法学研究》2007年第1期,第75页。

⑧参见黄荣坚:《基础刑法学》(上),元照出版公司2012年版,第29页。

⑨马寅翔:《规范保护目的与构成要件解释》,载《中外法学》2021年第2期,第434页。

⑩参见劳东燕:《滥用职权罪客观要件的教义学解读》,载《法律科学》2019年第4期,第58页。

⑪同前注④,张明楷书,第969页。

⑫参见张明楷:《骗取贷款罪的保护法益及其运用》,载《当代法学》2020年第1期,第53-54页。

⑬参见张明楷:《骗取贷款罪的构造》,载《清华法学》2019年第5期,第22-29页。

⑭参见张明楷:《污染环境罪的争议问题》,载《法学评论》2018年第2期,第2-11页。

⑮李川:《二元集合法益与累积犯形态研究》,载《政治与法律》2017年第10期,第47页。

⑯参见劳东燕:《受贿犯罪的保护法益:公职的不可谋私利性》,载《法学研究》2019年第5期,第120页。

⑰“额外”是相对于主法益而言的,但在危害公共安全罪中,“公共安全”的内容是“不特定或者多数人的生命、身体及财产安全”,主副法益是重合的,对结果的描述不会超出主法益的内容,因此不存在额外的侵害要求。

⑱参见古承宗:《刑法的象征化与规制理性》,元照出版公司2019年版,第139页。

⑲参见蔡桂生:《非典型的因果流程和客观归责的质疑》,载《法学家》2018年第4期,第161页。

⑳鉴于“行为人特别认知”等所导致的客观归责论的结构缺陷,在因果关系判断后摒弃结果归属判断,将其归入“主观归责”的观点也很有力。参见庄劲:《从客观到主观:刑法结果归责的路径研究》,中山大学出版社2019年版,第48-55页。限于讨论主题,本文无法对此展开论述,仍采取客观上事实归因→结果归责的路径。

㉑同前注④,张明楷书,第747页。

㉒同前注⑭,张明楷文,第8-10页。

②③生态环境的多变性与不可预测性,决定了因果关系认定极为困难,证立符合“合法则的条件”尚且如此,更勿论达致通常的结果归属要求。在“因果关系与结果归属的判断”上过度自信,是不合常识与常理的。例如,假设甲在河流上游排放酸性物,使水体酸碱值升为6.5;乙在中游排放污水,使酸碱值变为7.1;丙在下游排放污水,导致最终酸碱值变为7.3。那么,到底谁是越过污染门槛的人呢?如果甲乙都不是,对丙显失公平;如果每人都是,那么门槛设定有何意义?此例显现出来的是,传统结果归责不足以应对环境犯罪,以传统结果犯立法并非妥当之选。参见恽纯良:《抽象危险犯作为对抗环境犯罪的基本制裁手段》,载《月旦刑事法评论》第8期(2018年3月),第37页。

②④有学者将这种归责类型称为“引起”型,认为此种归责类型实质性地降低了行为与危害结果之间的事实关联的程度要求。参见劳东燕:《风险社会中的刑法》,北京大学出版社2015年版,第127-128页。

②⑤参见蓝学友:《规制抽象危险犯的新路径:双层法益与比例原则的融合》,载《法学研究》2019年第6期,第137页。

②⑥“集体法益的存立基础在于与个人法益具有溯源关系”的看法也存在疑问:如果能清楚找出这种溯源关系,还有多大必要设置集体法益犯罪,已有的个人法益犯罪不是足以应对?

②⑦参见黄荣坚:《基础刑法学》(下),元照出版公司2012年版,第575-576页。

②⑧参见林东茂:《刑法总则》,一品文化出版社2019年版,第73页。

②⑨参见李圣杰:《刑法第190条之1的释义思考》,载《月旦法学杂志》第290期(2019年7月),第77页。

②⑩参见许恒达:《法益保护与行为刑法》,元照出版公司2016年版,第109页。

②⑪参见[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第44页。

②⑫[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第222页。

②⑬参见谢煜伟:《交通犯罪中的危险犯立法与其解释策略》,载《月旦法学杂志》第210期(2012年11月),第116页。

②⑭需要回应的是,累积犯是否为第三人的不法负责?答案是否定的。环境犯罪中的“累积性”只是立法者处罚环境犯罪的理由。从个别行为的角度来看,抽象危险犯本就不要求

实害结果,是否成罪也与行为客观上有无累积无关。

②⑮同前注⑮,李川文,第50页。

②⑯同前注⑭,张明楷文,第8-11页。

②⑰参见李川:《危险犯的扩张逻辑与正当性思考》,载《法学评论》2017年第3期,第30页。

②⑱参见李川:《寻衅滋事罪情节犯的属性认定与限缩适用探究》,载《法学》2015年第12期,第147页。

②⑲由此看来,立法上也完全可能对抽象危险进行表述,以是否有对危险的明文表述来区分抽象危险犯与具体危险犯是不妥的。

②⑳[德]约尔格·艾泽勒:《抽象危险型犯罪的立法缘由和界限》,蔡桂生译,载《法治社会》2019年第4期,第117页。

㉑同前注⑩,劳东燕文,第71页。

㉒参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第53-54页。

㉓参见周光权:《论内在的客观处罚条件》,载《法学研究》2010年第6期,第124-125页。

㉔同前注④,张明楷书,第716页。

㉕参见周光权:《骗取贷款罪中的“给金融机构造成损失”》,载《法治日报》2021年6月23日,第11版。

㉖参见最高人民法院刑事审判第一至五庭:《刑事审判参考》(总第111集),法律出版社2018年版,第26页。

㉗参见恽纯良:《重利罪之保护法益与制裁结构》,载《兴大法学》2019年第25期,第186-187页。

㉘同前注⑬,张明楷文,第21页。

㉙参见柏浪涛:《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》,载《法学研究》2012年第6期,第145-146页。

㉚参见[日]松原芳博:《犯罪概念和可罚性》,毛乃纯译,中国人民大学出版社2020年版,第8-9页。

㉛参见张明楷:《论缓和的结果归属》,载《中国法学》2019年第3期,第266页。

㉜同上注,第277-278页。

㉝以不具有“通常”归属关系认定客观处罚条件,在学者中并非个例。参见王莹:《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》,载《法学研究》2012年第3期,第142页;同前注⑲,柏浪涛文,第137页。

㉞同前注②,张明楷书,第168页。

㉟同前注②⑦,黄荣坚书,第578页。