

抽象危险犯认定路径检思与 谦抑认定机制重构

王 霖 阎二鹏

(海南大学 法学院, 海南 海口 570228)

摘 要: 作为刑法理论对风险社会现实的积极回应, 抽象危险犯在风险刑法观之下重焕理论活力。在运用抽象危险犯立法范式前置刑法触角、周延法益保护阙界的同时也应警惕其稀释法益概念、冲击罪责原则、泛化处罚领域的品格危险。面对《刑法修正案(九)》运用抽象危险犯立法范式增设恐怖主义、极端主义相关犯罪, 应积极建构抽象危险犯的谦抑认定机制。二元认定体系立于实质违法性立场之上, 通过建构正向缩限入罪路径与危险阙如出罪路径的双轨考察机制, 矫正抽象危险犯扩张领域的品格危险, 避免其沦为刑法过分打击的工具。

关键词: 抽象危险犯 违法二元论 实质判定 危险阙如反证

中图分类号: D924.1 文献标识码: A 文章编号: 1004-9428 (2017) 02-0113-11

随着风险社会概念的兴起以及理论界的持续研讨, 刑法教义学与刑事政策学, 刑法解释论与立法论均对其产生了相应的回声变动。抽象危险犯作为一个古老而常新的理论在这场变动中尤为瞩目。《刑法修正案(九)》(下文简称《刑(九)》)所显示的预备行为实行化、共犯行为正犯化、刑法目的预防化的立法变动态势引发了诸多学者的关注。抽象危险犯立法模式因其前置刑法防线、扩展守备阙界的品格属性为立法者所青睐, 并被泛化运用于恐怖主义、极端主义罪状体系的增补完善, 同时也应对其延展刑法触角拓宽处罚领域的潜在危险留有清醒的警思。为抑制抽象危险犯泛化成立的理论倾向应为其构建一条妥适的谦抑认定路径, 实现法益保护与人权保障之间的价值平衡。本文从违法本质论立场出发, 以违法二元论为理论基点, 以刑法解释论为研讨方法对抽象危险犯的品格属性及其判定路径进行巡检与重释, 以期对抽象危险犯的构罪模式予以反思牵引并对司法活动有所裨益。

一、风险刑法观视野下抽象危险犯立法模式之隐忧

“风险社会”一语自上世纪末期首次由德国著名社会学家贝克所提出, 之后迅速得到学

作者简介: 王霖, 海南大学法学院博士研究生; 阎二鹏, 海南大学法学院教授、博士生导师、法学博士。

* 本文系国家社科基金项目“海上非传统安全犯罪的刑事规制对策研究”(13BFX061)中“风险刑法与非传统安全犯罪”阶段性成果; 2016年海南省研究生创新科研课题“抽象危险犯认定路径之困局与突围”(Hyb2016-02)阶段性成果。

界的关注并获得诸多支持，作为概念和理论在社会学科谱系范围内产生影响，刑法理论也概莫能外。贝克所言风险社会区别于传统社会，它重在对现代社会风险景观的阐释以及提出社会成员的策略应对。风险社会理论中的“风险”一语区别于刑法理论的危险，换言之，风险社会并不能直接与刑法教义学中的抽象危险犯产生直接关联。但作为风险社会理论在刑法领域的映射——风险刑法观的提出则与抽象危险犯存在直接的联系。

社会形态的演进变迁引发了社会风险分配机制的重组。风险社会理论的倡导者贝克曾将风险社会与工业社会相对，认为工业社会作为第一性社会其内部风险具有相对确定性和可预测性；而风险社会作为第二性社会其内部风险具有不确定性与难规制性。⁽¹⁾ 传统社会风险多来自资源的开采与产品的生产因而相对可控，而由科技革新构建的现代社会其内部风险源于技术本身的复杂性使其无论从破坏强度亦或波及范围来衡量都是传统社会无法匹及的。“风险分配逻辑对财富分配逻辑的日益取代”⁽²⁾ 要求风险规制对策的时代变更，而源自风险生成与风险分配的不确定性所产生的焦虑感则促使法律规范对危险行为进行提前干预，免于实害发生。

（一）风险刑法观的回应——抽象危险犯的泛化

作为风险社会情境的现实投影，风险分配机制的变迁引发了刑法教义学与刑事政策学，刑法解释论与立法论的回应。与风险社会相伴而生的风险刑法观逐渐生成，风险刑法观倡导前置刑法介入时点、扩张刑法守备范围，抽象危险犯立法模式的泛化运用即是其典型体现。“行为的危险在这里不是构成要件标志，而只是法律规定的存在理由，法官对此不必审查危险性在个案中是否已经出现或者并未确实出现。”⁽³⁾ 风险社会现实面向下各国对犯罪的应对方式也发生了转变，立法模式从一味的消极事后追究转为适度的主动防御，这一趋势从我国近两次刑法修正案中也可窥一斑。如《刑法修正案（八）》以抽象危险犯的立法模式增设危险驾驶罪将“醉酒驾驶”行为纳入刑法规制视阈，同时对“生产、销售假药罪”予以修改，取消本罪“足以严重危害人体健康的”罪量要求代之以“生产、销售假药”的行为方式。上述两项罪名的设置均不要求行为产生特定的法益侵害结果，仅当行为符合客观的构成要件即表明行为制造了法益抽象危险的状态。《刑（九）》则进一步将抽象危险犯的立法模式予以泛化运用。如修改第120条之一的资助恐怖活动罪，增加“资助恐怖活动培训”的行为方式。同时于第120条之后以抽象危险犯的立法模式增设第二、三、四、五、六款五罪，构建恐怖主义、极端主义犯罪群。第120条之二的准备实施恐怖活动罪虽形式上将特定的犯罪预备行为进行实行化处理，但却“暗渡陈仓”的实现了以抽象危险犯立法模式间接延拓处罚领域的现实效果。如罪状表述中的为实施恐怖活动“准备凶器”、“参加恐怖活动培训”、“与境外恐怖组织或人员联络”的行为本为相关恐怖主义犯罪或暴力犯罪的预备行为。本罪的设置则将原预备行为作圆点重新划定新的犯罪圈，从而预备行为之预备也可被纳入本罪的考察视野。但

(1) 参见〔德〕乌尔里希·贝克《世界风险社会》，吴英姿、孙淑敏译，南京大学出版社2004年版，第2-3页。

(2) 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。

(3) 〔德〕约翰内斯·维塞尔斯《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第15页。

预备行为之预备通常只具有稀薄的法益侵害危险，是否能作为抽象危险犯而进入本罪领域应受到来自学理的正当性拷问。同时，第120条之五规定的“强制他人在公共场所穿着、佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志”行为，第120条之六对明知是宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品而“非法持有”的行为均未附加罪量要求的设置。这种舍弃“行为+结果”抑或“行为+情节”的构罪模式而仅将行为作类型性描述的罪状特征是抽象危险犯立法模式的典型运用。可以看出我国抽象危险犯立法模式通过直接与渐进两种路径对危险犯数量予以扩展增容，其一为抽象危险犯罪名的直接增设，其二则将原侵害犯或具体危险犯进行抽象危险犯模式的改造。两种路径虽方式不同但都具有前置刑法介入时点与延展刑法守备范围的共同指向，可谓殊途同归。

（二）抽象危险犯立法模式泛化省思

毋庸置疑，抽象危险犯立法模式的运用具有前置风险防控、推动积极一般预防、提高诉讼效率的现实机能。通过延展刑法触角提前消解危险向实害转化的潜能从本质而言仍是服务于法益保护的根本目标。但法益保护与自由保障之间存在一定张力，若无法合理限定抽象危险犯成立阈值很可能带来国民自由萎缩的消极后果。“那些为了偏安一时而放弃基本自由的人，既得不到安全也失去了自由。”^{〔4〕} 面对抽象危险犯立法模式泛化运用的现实情境有必要对其进行理性巡检与省思。

首先，抽象危险犯立法范式对传统法益理论形成冲击。对于抽象危险犯的认定而言，“防止具体的危险和侵害仅仅是立法的动机，而不是使这种具体的危险和侵害的存在成为行为构成的要件。”^{〔5〕} 抽象危险犯主要适用于对重大法益与超个人法益的前期保护，作为个体法益的集合体待其实害发生后很难及时挽回因此需要刑法提前介入。而提前介入往往带来处罚领域间接延拓的效果，如《刑（九）》运用抽象危险犯的立法模式将恐怖活动预备行为转化为个罪实行行为，使原本对法益危险极度稀薄的预备行为之预备也可能被纳入新的处罚范畴。再如《刑（九）》增设的非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪，与持有枪支、弹药等危险品亦或假币不同，宣扬恐怖主义、极端主义的物品通常需要受众接受其所承载的思想并内化为现实行为才能产生法益侵害的危险。相较于枪支、弹药、假币类物品而言其与法益侵害的距离更为遥远。因此在对持有对象疏于法益关联性考量的前提下“单纯将持有犯罪化实则是法益保护机能的过度扩张”^{〔6〕} 有将本已虚化的集体法益再次稀释、精神化之虞。其次，抽象危险犯与罪责原则存在龃龉。抽象危险犯并不以法益实害或具体危险作为构成要件要素，因此也不为故意的成立所要求。只要实施符合构成要件的行为，即可推定抽象危险的实现。抽象危险犯将行为的罪过态度拟制为结果的罪过态度，松动了罪责原则的根基。因此被学者质疑为“会演变成一种警察法规定，或者只是对不服从行为的处罚”。^{〔7〕} 面对抽象危险犯泛

〔4〕 Cindy C. Combs, *Terrorism in the Twenty-first Century* (fourth edition) (New Jersey: Upper Saddle River, 2006).

〔5〕 [德] 克劳斯·罗克辛《德国刑法总论》，王世洲译，法律出版社1997年版，第278页。

〔6〕 王红《对“持有”犯罪化的批判——兼评〈刑法修正案（九）〉新增的非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪》，《湖北经济学院学报》2016年第7期。

〔7〕 高巍《抽象危险犯的概念及正当性基础》，《法律科学》2007年第1期。

化运用可能导致国民行为自由过度缩限的效果，刑法理应对其保持克制谦抑的态度。“否则就会发生寒蝉效应，产生让全体社会成员的生活战战兢兢、如履薄冰的萎缩效果”。^{〔8〕}

二、抽象危险犯认定路径回视： 从形式考察走向实质判断

面对抽象危险犯扩张范围的品格危险，学理并未选择袖手旁观。对其实质正当性的追思拷问与教义学领域内的谦抑重构在抽象危险犯立法模式泛化运用的当下日益为学界重视。相较于将法益侵害或具体危险内化为构成要件要素的结果犯与具体危险犯而言，抽象危险犯仅对行为样态予以标记的构罪模式无疑增加了学理解释的难度与实务认定的困惑。如何构建抽象危险的判断路径进而避免危险状态的认定偏差成为学界研讨的重心，并由此衍生出形式认定路径与实质认定路径双轨分立的格局。

（一）形式考察：危险泛化的限缩无力

持抽象危险形式化考察立场的学者多主张将特定行为方式的构成要件合致等价于抽象危险的实现，拒绝对抽象危险进行实质判断，否定对其予以事后反证排除。形式判定路径之下又存行为犯类比说与危险拟制说之分。行为犯认定路径认为抽象危险犯从本质而言即属行为犯的一种类型。“抽象的危险犯是行为犯，行为犯的应受处罚性，是以符合构成要件行为对特定法益的一般危险性为基础的。”^{〔9〕}与之有别，拟制说则认为只需对行为进行形式判断而毋需对行为时的具体事实加以分析后再进行实质判断。^{〔10〕}一旦某种行为被禁止，在具体情况下不论是否已经发生危险都应当认为该行为符合具体的犯罪构成成立犯罪。^{〔11〕}

形式考察路径虽然说理方式不同但都拒绝对抽象危险进行实质认定，将构成要件的该当等置为抽象危险的实现。但形式判定路径无助于抽象危险的缩限判断难以降低其被泛化认定的潜在危险。首先，形式判定路径是立足于形式违法性立场上衍生的观点，切断行为对法益侵害或危险的评价单纯从规范违反的形式标准出发认定危险并非妥适。将违法性诉诸于规范违反的循环论证并不能为抽象危险犯提供实质的合理根基。虽然抽象危险犯的成立仅以行为符合客观构成要件即为已足，但“即便是符合抽象危险犯的行为，也不能说其一定就包含有侵害法益的危险”。^{〔12〕}其次，套用行为犯来对抽象危险进行认定是对行为犯概念的误读。“行为犯是行为与结果同时发生的犯罪”，^{〔13〕}因此行为犯成立本身仍然需要对法益产生一定的危

〔8〕 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——从如何缩限抽象危险犯的成立范围的立场出发》，《苏州大学学报》2015年第6期。

〔9〕 [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特 《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第322页。

〔10〕 参见马克昌 《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第201页。

〔11〕 参见[日] 大谷实 《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第95页。

〔12〕 黎宏 《日本刑法精义》，法律出版社2008年版，第84页。

〔13〕 张明楷 《刑法学》，法律出版社2011年版，第169页。

险结果，只是此种危险结果与行为同时发生。抽象危险犯与行为犯是互有重叠的两个不同领域，“笼统地讲抽象危险犯就是行为犯只会增加概念上的困惑，分类上的混乱。”⁽¹⁴⁾ 再次，拟制说存在借用立法拟制技术对抽象危险加以认定的逻辑缺陷。法律拟制是“将针对一构成要件（T1）所作的规定适用于另一构成要件（T2）”。⁽¹⁵⁾ 而奠定违法性基础的抽象危险有赖于具体案件事实的考察，法益侵害的危险不应拟制也不可拟制。“拟制的危险一说其实和一个抽象危险犯的条文是不是法律拟制并没有关系，是混淆了概念。”⁽¹⁶⁾ “拟制”具有终局而定的特征，而“推定”则留有事后反证排除的空间。抽象危险犯的成立虽不需要特定实害或具体危险的发生，但抽象危险的存在与否仍有赖于对危险行为进行事实层面与规范层面的双层推定。就此意义而言，树立稳妥的刑法观要求对具有“推定性质”的抽象危险可能具有的潜在风险进行有效防控，“因此应当允许反证危险不存在而出罪。”⁽¹⁷⁾

（二）实质判断：整体考察的人为分割

形式认定方法浮于形式描述而缺乏实质解明，潜在的逻辑隐忧使得抽象危险犯立法范式缺乏充分的理论支持而无助于消除司法实务认定的恣意。面对此种认定困局，学界转而从实质立场出发构建抽象危险谦抑认定机制，并基于考察角度的差异形成规范违反与法益考察两种立场的分立。

持规范违反说的学者将抽象危险犯理解为特定注意义务的刑法表述，其成立与否应从义务内容的构建与规范标准的违反进行判断。该说注重考察行为属性的危险状态，将抽象危险的违法性追溯至规范违反的本源上与行为无价值论具有亲缘性。“对抽象危险的判断，以行为本身的一般情况或者一般的社会生活经验为根据认定行为具有发生侵害结果的可能性。”⁽¹⁸⁾ 因此，在注意义务内容已为刑法确定的前提之下，如何建立注意义务的违反标准直接决定了抽象危险犯的范域大小。主观说主张以行为人自身为标准判断注意义务内容的违反。若行为人基于其所处情境和能力，采取了与其能力相符的危险回避措施，即便行为满足了抽象危险犯构成要件的客观要素也不应认为危险状态的产生。⁽¹⁹⁾ 德国学者常援用“纵火案”加以说明，经检查确保建筑物内部无人后再对其纵火烧毁的，此行为不应以德国《刑法》规定的严重纵火罪予以处罚。⁽²⁰⁾ 客观说主张以一般社会成员为标准判断注意义务内容的违反。行为只

(14) 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。

(15) [德] 卡尔·拉伦茨 《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第142页。

(16) 刘涛 《法益 责任 危险——抽象危险犯争议问题探究》，《中国刑事法杂志》2012年第9期。

(17) 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。

(18) 周光权 《危险犯的认定》，《人民法院报》，2003-03-21。

(19) Vgl. Brehm, Die Ungefährliche Brandstiftung – BGH, NJW1975, 1936, JuS1976, S. 24, 25. 转引自李川 《抽象危险犯自身谦抑机制研究——以醉驾案件具体危险犯认定倾向为视角》，《政治与法律》2013年第12期。

(20) 与我国《刑法》规定不同，德、日《刑法》中的放火罪依行为对象区分为针对现住建筑物与非现住建筑物放火的行为。德国《刑法》第306条a规定“将他人的下列物品予以纵火，或因纵火而将其全部或部分毁损的，处1年以上自由刑：居住用的建筑物、船舶或房舍以及其他空间……”纵火案的学理解说表明若行为人采取了与其自身能力相符的满足行为当时具体客观事实的回避措施，即便行为符合客观构成要件也可否定抽象危险的存在。

有超出了一般主体的规范义务措施范围之外才能认定存在抽象危险。⁽²¹⁾ 而持并和说的学者则认为只有当行为人对法益形成的危险超越了主观注意义务的范围,亦无法为一般社会规范义务措施所消解,法益实害结果只因偶然因素的介入才未发生时方可认定行为的抽象危险性。⁽²²⁾

法益判断说的学者另辟蹊径,从结果无价值立场出发通过个案事实考察行为的危险状态。无论立法技术上采用推定还是拟制,抽象危险必须是实质上对法益的可察状态。行为虽符合客观的构成要件,但事后判定行为不具有法益侵害或者危险的可能性则应否定危险状态的形成。国内学者多立于结果无价值立场之上支持本说,如黎宏教授指出“对于抽象危险犯的法益侵害和犯罪成立的司法认定,可以通过考虑有无法定的足以侵害法益的行为事实为标准予以间接判断。”⁽²³⁾ 完全没有危险的行为不可能成立本罪,在没有车辆与行人的荒野道路上醉酒驾驶机动车的,因不具有抽象的危险不应认定为危险驾驶罪。⁽²⁴⁾

与形式化认定路径将法规范的违反等同于违法性的实现不同,实质化的认定路径跳脱形式化的思维藩篱,或以行为无价值为理论基点通过构建注意义务的内容以及违反标准的确立聚焦于行为危险状态的判断;或以结果无价值为理论基点通过法益侵害危险的可察状态聚焦于结果危险状态的判断。相较于形式认定路径而言,实质判定路径无疑更具解释的优越性与操作的合理性。但“危险犯的不法既包括了行为的不法,也包括了结果的不法。”⁽²⁵⁾ 遗憾的是不论规范判定立场亦或法益判定立场均将二者人为割裂、各执一端。回望德国刑法理论关于违法性本质的讨论,在经历了一元结果无价值的盛行、行为无价值的侵入、一元行为无价值昙花一现的漫长历程后违法二元论终成通说。单纯从行为无价值立场与结果无价值立场出发判定抽象危险的做法均有失片面,造成抽象危险犯成立范围的不当延展抑或过分缩限。不法是经过具体构成要件类型化的违法性,“只要承认不法具有确定犯罪类型的功能,那么二元论就拥有难以撼动的内在合理性。”⁽²⁶⁾ 因此于违法二元论立场之上将行为属性与结果属性之危险加以贯通并整体把握应更有益于抽象危险状态的周延判断。

三、实质立场上双向认定路径的建构： 正向缩限与反向排除

规范违反立场与法益判断立场皆为立基于违法本质论立场之上自发构建的实质判定方法，

(21) Vgl. Wolter, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährererfolg im Strafrecht – OLG. Frankfurt, Jus1978, S. 750. 转引自李川《抽象危险犯自身谦抑机制研究——以醉酒案件具体危险犯认定倾向为视角》，《政治与法律》2013年第12期。

(22) Vgl. Cramer, in: Schönke – Schröder, StGB, 24. Aufl. [1991], vor § 306, Rn. 5. 转引自李川《抽象危险犯自身谦抑机制研究——以醉酒案件具体危险犯认定倾向为视角》，《政治与法律》2013年第12期。

(23) 黎宏《论抽象危险犯判断的经验法则之构建与适用——以抽象危险犯立法模式与传统法益侵害说的平衡和协调为目标》，《政治与法律》2013年第8期。

(24) 参见张明楷《危险驾驶罪及其与相关犯罪的关系》，《人民法院报》，2011-05-11。实质性判断的观点还见陈京春《抽象危险犯的概念诠释与风险控制》，《法律科学》2014年第3期。

(25) 王永茜《论刑法上的危险及其判断——以抽象危险犯为中心》，载陈兴良主编《刑事法评论》（第32卷），北京大学出版社2013年版，第367页。

(26) 陈璇《德国刑法中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势》，《中外法学》2011年第2期。

虽已具备抽象危险的缩限判定功能但仍属于单向入罪路径，对于消解抽象危险犯的工具化倾向仍稍显疲软。考虑到我国司法实践向来的入罪惯性以及刑事政策对立法活动的“运动式渗透”，构建一条与正向入罪路径并行的抽象危险反向排除路径，从而形成正、反双向的判定体系对于抽象危险犯的认定将更显周延。抽象危险的立法推定性质为现实个案中对其反证排除预留了考察空间。具体而言，正向入罪机制立足违法二元论立场之上，贯通考察行为属性之危险与结果属性之危险；反向出罪机制则以总则13条“但书”为法理依据反证个案抽象危险的阙如情形。据此，于抽象危险实质判定立场之上衍生出正向入罪路径与反向出罪路径并行的抽象危险犯二元认定体系。

（一）正向缩限路径——抽象危险的整体考量

正向入罪路径以违法二元论为构建原点，将行为属性之危险与结果属性之危险予以贯通从而实现抽象危险状态的整体把握。具体而言，行为属性之危险判断以行为无价值为理论基点重在注意义务逸脱与否的考察，结果属性之危险判断则以结果无价值为理论基点重在法益实然状态的判断。

1. 行为属性之危险判断：注意义务的逸脱考察

行为属性之危险源自行为人对抽象危险犯注意义务内容的背反。在立法将某种行为以抽象危险犯的形式加以确定之后，注意义务的内容即已确定。因此如何选择注意义务的违反标准直接决定了行为属性之危险范围。结合前文对于规范违反标准的探讨，笔者认为以社会一般人为判断标准的客观说更显合理。首先，主观说以行为人自身能力作为判断标准可能造成刑法规范弹性过大而软化规范效力，导致“立法者所努力追求的那种对确定行为方式的绝对禁忌就会受到危害。”⁽²⁷⁾ 折中说试图调和客观说与主观说，初衷虽好但效果欠佳。面对个案中行为人标准与社会一般人标准存在分歧的情况，以何为准难下定论。其次，抽象危险犯所保护的法益主要为公众法益或集合法益。抽象危险犯注意义务内容的构建也是围绕公众法益展开，采用社会一般人标准有助于实现注意义务内容与其逸脱标准的水平对接。最后，刑法规范具有行为规范与裁判规范的双重属性。“刑法规范的目的是使社会上的一般人了解法益的价值，即了解刑法允许人们做什么，禁止人们实施哪些侵害法益的行为。”⁽²⁸⁾ 采用一般人标准判断注意义务的违反更利于抽象危险犯积极一般预防作用的发挥，通过指引社会一般人规避危险行为实现法益的前期保护。笔者以为违法二元论立场上行为属性之危险判断应以行为时为判断时点，以社会一般成员为判断标准考察行为是否逾越了注意义务之范围。若一般人认为行为逸脱了注意义务的保护范围，仅因偶然因素介入而未造成具体的法益侵害或危险，应认为此时行为已经制造了法益抽象危险的状态存在行为属性之危险。

2. 结果属性之危险判断：法益状态的实然考察

行为违法性的产生必然要求行为对刑法保护的特定法益造成侵害或威胁。就此意义而言，

(27) 同前注 [5]，第 280 页。

(28) 刘艳红 《实质刑法观》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 206 页。

包括单纯行为犯在内的“所有犯罪都是结果犯。”⁽²⁹⁾ 结果危险判断应位于行为危险判断之后进行,只有二者同时齐备才使行为获得可罚的违法性。如前所述,抽象危险犯的立法范式旨在实现对重大法益以及对公众法益的提前保护。行为属性之危险通过注意义务内容的违反进行实质性推定具有规范性。结果属性之危险则从客观事实所显示的法益状态出发进行具体考察具有事实性。因此,通过事实性的结果危险对具有推定性质的行为危险进行二次缩限,结果属性之危险的司法判断便具有了缩限考察的机能。对于结果属性之危险判断必须从个案事实出发,具体考虑行为发生的时间、环境、行为之方式与个罪法益之间的关联度。同时,对结果属性之危险的认定应以司法人员为标准进行专业判断。譬如对于危险驾驶罪中的醉酒驾驶行为的认定,应从司法专业标准出发结合驾驶行为发生时的路段状况、行为人醉酒后的身体操控能力进行综合考察,确定行为是否对道路安全秩序以及他人的生命、财产安全造成威胁。简而言之,结果属性之危险判断应立于事后立场以司法专业人员为标准,通过结合个案事实认为行为已经对法益形成危险则可判定结果属性之危险的存在。

(二) 反向出罪路径——抽象危险的阙如排除

抽象危险的事后反证排除机制旨在对正向司法认定路径下所获结论进行二次检验。司法机关通过注意义务的考察以及法益实然状态的判断,认定行为属性之危险与结果属性之危险均已存在,此时反向出罪机制可赋予行为人反证权利从而对抽象危险阙如的情形进行事后证明。我国《刑法》第13条规定的犯罪概念“采用了定性加定量,形式与实质相结合的方式”⁽³⁰⁾ 通过13条“但书”之规定对正向进路下认定的抽象危险状态进行实质性反证考察,避免将符合客观构成要件而未产生结果属性之危险状态的行为纳入犯罪阙如。因此在正向入罪路径得出行为属性之危险与结果属性之危险的并存状态后,应允许行为人提供反证危险阙如的合理事由。司法人员对于上述合理事由经查证属实也应积极采纳,建立抽象危险的事后反证排除机制。抽象危险阙如的事后反证机制不但体现了“但书”实质性犯罪概念的义旨,也是对抽象危险立法推定性质的事后再检验。即便行为人实施了构成要件的行为,完全可能出现没有法益侵害危险而不构成犯罪的行为,或者即便出现了法益的侵害也完全可能没有达到刑法要求的“严重程度”,故此刑法“但书”在抽象危险犯场合应当有适用余地。⁽³¹⁾ 反证排除机制将“推定”之抽象危险确证为“实定”之抽象危险,保证了司法认定结论的准确。

二元认定体系通过建构正向缩限路径与危险阙如出罪路径力图实现对抽象危险犯成立范围的理性划定。在正向缩限路径下,通过注意义务违反的考察进行事前规范推定,判断行为属性之危险;通过法益实然状态的危险进行事后考察,判断结果属性之危险。在分别肯定行为属性之危险与结果属性之危险后进入反向出罪路径进行二次检验,允许行为人对个案事实中危险阙如的情形进行反证确认,从而保证司法判定结论的终局妥当。

(29) [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。

(30) 同前注[17]。

(31) 何荣功、罗继洲《也论抽象危险犯的构造与刑法“但书”之关系——以危险驾驶罪为引例》,《法学评论》2013年第5期。

四、抽象危险双向判断路径下恐怖主义、极端主义犯罪的限缩认定

面对近年来我国部分地区恐怖主义犯罪日益猖獗的严峻态势,《刑(九)》增设恐怖主义、极端主义相关犯罪对于严密刑事法网,实现事前预防监控、事后严厉打击,周延生命与财产法益保护具有积极作用。但也应看到目前我国恐怖主义犯罪刑法规制体系“应急性强而机制性弱、碎片化突出而系统性不足、从严从重明显而区别对待欠缺的特征”,⁽³²⁾恐怖主义犯罪立法仍处于现实境像倒逼立法活动的被动困局之中。特别是《刑(九)》大量采用抽象危险犯立法范式增设新罪,一改以往“行为+结果”或“行为+情节”的立法模式。虽然抽象危险犯立法范式的工具化特性契合了当前打击恐怖主义、极端主义行为的现实需要,但对其延拓刑法打击半径,扩张犯罪成立阈界的潜在危险仍需保持警惕。对抽象危险犯的工具价值的过度依赖容易使其沦为“特定群体或者特定利益阶层利用经济地位、信息持有量、科学技术能力等优势影响刑事立法动向设定特定价值观念的工具。”⁽³³⁾因此有必要从法教义学视野出发对抽象危险犯立法模式下的恐怖主义、极端主义犯罪进行理性的反思与牵引。

(一) 正向入罪路径下抽象危险的缩限考量

恐怖主义、极端主义犯罪被置于《刑法》危害公共安全罪一章中,故具体个罪的法益也应围绕“公共安全”这一集体法益而构建。明确该类犯罪的保护法益是运用二元实质标准判定抽象危险的前提条件。对于恐怖主义犯罪的保护法益学界存在“公共安全说”、“复杂客体说”与“国家安全说”之间的分立。公共安全不仅指公共社会秩序的平稳与安定,也包括不特定社会成员人身与财产的安全,正是不特定个体成员的安全才凝结为社会公共安全。因此将恐怖主义、极端主义犯罪的保护法益界定为“复杂客体说”更为妥当。“公共安全罪的保护法益,是不特定或者多数人的生命、身体的安全以及公众生活的平稳与安宁。”⁽³⁴⁾

为实现对恐怖主义、极端主义犯罪提前规制的刑事策略要求,《刑(九)》采用抽象危险犯的立法模式增设准备实施恐怖活动组织罪,形成“典型预备形态+兜底条款”的罪状样态。具体包括“(一)为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具;(二)组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训;(三)为实施恐怖活动与境外恐怖活动组织或者人员联络;(四)为实施恐怖活动进行策划或者其他准备”四类行为。前文已述,抽象危险犯的立法范式旨在实现对重大法益与超个人法益的前期保护。为避免抽象危险犯的过度扩张,立法在将危险行为进行入罪化时必须进行前期筛选,只有具备类型性侵害法益重大可能的行为方可作为抽象危险犯加以确定。反观本条规定,虽然对危险性较为典型的帮助行为进行了类型

(32) 梅传强 《我国反恐刑事立法的检讨与完善——兼评《刑法修正案(九)》相关涉恐条款》,《现代法学》2016年第1期。

(33) 谢杰、王延祥 《抽象危险犯的反思性审视与优化展望——基于风险社会的刑法保护》,《政治与法律》2011年第2期。

(34) 同前注[13],第603页。

化处理但仍存过度泛化的嫌疑。120条之二的“其他工具”、“积极参加”、“其他准备”均是外延宽阔内含丰富的词语表述。这种罪状表述能最大限度的拦截相似类型的犯罪行为，但在一定程度上弱化了抽象危险类型化标准，冲淡了判断标准的明确性要求。面对抽象危险犯立法范式的这种非理性跃进，必须秉持抽象危险的谦抑认定机制在司法实践中进行适度矫正。首先，结果属性之危险的成立必须对法益形成紧迫威胁的程度。因此在判定结果危险时应对本条第一项与第四项进行缩限判断，即准备“其他工具”与实施“其他准备”的行为均应具有对“公共安全法益”构成紧迫危险的性质。其次，第二项中“积极参加”应作为一种结果危险状态进行评价而非行为危险状态的考察。具体而言，“积极参加”的认定不应从行为人内心态度的“积极性”出发进行抽象危险状态的现实判断，而应立于个案事实从具体参加行为所形成的既成状态来判断抽象危险形成与否。对于行为人实施的寻找相关培训组织的行为，如“打听培训组织联系方式”或者“搜寻培训组织具体地址”均不宜直接评价为“积极参加”。即便从行为外观上认为行为人内心态度积极，仍需依行为所形成的现实状态来考察抽象危险。笔者认为只有待行为人已经加入培训组织成为其成员，或实际接受了部分培训活动时才宜将其评价为“积极参加”，从而认为行为产生了结果属性之危险。再次，本条适用抽象危险犯的立法范式对预备行为进行了实行性处理，属于“类型性预备犯”的抽象危险类型⁽³⁵⁾使得成立本罪的行为只需具备预备犯的抽象危险性即可，已经大大稀释了法益实害的危险性。若将本罪之预备行为再进行入罪处理将过分扩张抽象危险犯的成立范围，导致距离法益危险较为遥远的预备罪之预备行为也可能被纳入犯罪射程的不当结论。从这一角度出发，也不宜将尚未加入培训组织或者尚未接受培训活动的前期“参加过程”中的行为认定为本罪。

(二) 反向出罪路径下抽象危险的阙如反证

如上所述，我国《刑法》第13条采用形式与实质相结合的方式构建犯罪概念。13条“但书”之“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定明示了犯罪成立标准的实质认定要求。这既是正向入罪实质性考量之当然内涵，亦是反向出罪实质性判定的应有蕴意，不仅为违法性的实质解释提供了文理依据，亦为轻微的违规行为预留了出罪空间。因此，利用“但书”出罪机能于抽象危险状态的实质性判定立场之上，通过行为人的事后反证实现危险阙如的实质性考察，有助于抑制司法实践中可能出现的抽象危险犯工具化适用倾向。

面对当前全球范围内恐怖主义犯罪与异端信仰伴生支持的现象，《刑（九）》增设宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪，试图通过对极端思想蔓延予以提前涤除从而清扫恐怖主义、极端主义犯罪滋生的温床。本罪以抽象危险犯的立法范式将“制作、散发宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品，通过讲授、发布信息等方式宣扬恐怖主义、极端主义，或者煽动实施恐怖活动的”行为入罪，不要求行为产生相应的实害结果，亦未添加罪量要素对罪行加以限定。罪状表述中的“制作”、“散发”、“讲授”、“发布”恐怖主义、极端主义的行为类型清晰、易于准确把握。相较而言，“煽动实施恐怖活动”行为因涉及言论自由边界的厘定需要慎重考量，笔者认为对“煽动”行为的抽象危险性质应从实质

(35) 同前注 [13]，第167页。

解释立场进行判断。我国《刑法》分则中“煽动型”犯罪共有六项，其中运用抽象危险犯立法范式设定的有煽动分裂国家罪、煽动颠覆国家政权罪以及煽动暴力抗拒法律实施罪。煽动行为指的是以一定语言或动作向他人传播、宣扬特定信息内容，旨在鼓动其实施特定活动的行为。由于抽象危险犯立法模式下的煽动型犯罪不要求受众对象实施特定活动，只要行为人实施了煽动行为且符合特定犯罪的客观构成要件即可直接推定抽象危险状态的产生。因此“煽而未动”亦存在入罪空间，但此时仍需要对其作必要限制。国外刑法在设定煽动型犯罪时，部分国家要求证明煽动行为有导致实施恐怖行为的可能性，部分国家要求煽动行为具有诱导他人实施恐怖活动的“实际危险性”或“实际或然性”。⁽³⁶⁾就煽动实施恐怖活动罪而言，笔者认为煽动行为所产生的抽象危险状态可通过煽动行为的方式、借助的工具、受众的范围、煽动的次数以及受众事后活动等客观事实进行实质性判断。例如王某在一网吧上网过程中，通过自己的QQ号在QQ群中先后三次发布“现大量招募圣战士前往中东圣战，欢迎有志之士一起加入光荣的事业”的恐怖信息。⁽³⁷⁾本案中王某先后三次于某QQ群组中发布招募圣战士前往中东圣战的言论，从其行为的实施次数、受众范围、煽动内容等方面进行实质考察，应推定行为已经具备了危害公共安全法益的抽象危险状态。此时进入抽象危险阙如出罪路径进行二次检验，应赋予行为人对抽象危险阙如状态的证明权利。若行为人能够通过特定事实证明抽象危险状态于个案中并非存在，或者行为对法益形成的危险极其轻微稀薄，则应认为此时行为实质违法性被阻却。从而发挥总则13条“但书”的出罪机制，将抽象危险状态阙如的煽动行为作出罪处理，厘定抽象危险犯成立范围的外界。

结 语

善法良治的实现不应仅诉诸于法规体系的增补扩容，更有赖于善法的制定与实施。利之所存弊之所依，抽象危险犯的立法模式虽有助于抑制恐怖主义的短期多发态势，但也潜伏着远期前瞻的隐患忧虑。其前置刑法防线、扩张刑法守备范围的内在倾向若不受到来自法治框架的理性约束将会带来法益保护与自由保障价值天平的失衡。面对抽象危险犯立法模式泛化运用的现实情境，进行刑事立法论反省的同时也应于法教义学视野下积极寻求抽象危险犯的缩限认定路径。二元认定体系通过建构危险状态的正向缩限路径与危险阙如的反向出罪路径力图达成危险阈界的理性廓清，警惕并消弭刑事政策对立法活动的激情渗透，在发挥抽象危险犯工具价值的同时避免产生矫枉过正的效果。当然，在风险社会现实情境下刑法的提前介入似乎已成为一种“时髦”的立法趋势，如何在对风险进行有效防控的同时亦能保障自由的疆界不被任意的突破仍然是一个未竟课题，需我们审慎的思索与解答。

(责任编辑：郭 莉)

(36) 参见皮勇、杨森鑫《论煽动恐怖活动的犯罪化——兼评《刑法修正案(九)(草案)》相关条款》，《法律科学》2015年第3期。

(37) 详细案情参见观察者网，http://www.guancha.cn/Fazhi/2016_01_21_348809.shtml，最后访问日期：2016年9月18日。

On the Legitimacy of the Legal Intervention in Altruist Rescue

WANG Shuo LI Yongjun • 95 •

As an intervention model of rescuing people through limiting the freedom of individual , the legal intervention in altruist rescue need be urgently legitimated. From the perspective of necessity , the altruistic behavior with the absence of external intervention has problems in its self – consistency. From the perspective of pluralism , liberty is only one of the values and does not have superiority under the circumstance of altruist rescue. From the perspective of sufficiency , the altruism can realize the protection of fundamental human rights. The implementation of altruist aid is not only a moral duty but also can be a legal duty. Meanwhile , the legal intervention in altruist rescue can help confirm and maintain the public interest , so as to realize the expectation of a good society.

Key Words: Altruism; Legal Interference; Legitimacy; Situation

Wang Shuo , Ph. D. Candidate of the Law School of Jilin University; Li Yongjun , Professor and Doctorial Supervisor of the Law School of Jilin University.

Discussion on Introducing Personal Danger into the Quantitative Factors of Conviction

LI Yongsheng HU Dongyang • 103 •

The conviction model of " amount + plot" in economic crimes have mixed the personal danger factor into the conviction factor. In charges such as corruption and bribery , theft , and tax evasion , the suffered administrative and criminal penalties are considered as personal danger factor and calculated into crime amount to reach the conviction standard. However , the crime amount is a factor that presents the violation degree of the crime and should be an objective existence. Introducing personal danger into the quantitative factor of conviction shows the excessive society defense thought and mixes up the convicting circumstances and the sentencing circumstances , causing the repetitive evaluation. Only when the personal danger factor is externalized into the objective circumstance can it be lead into the quantitative factors of conviction.

Key Words: Personal Danger; Quantitative Factors of Conviction; Objective; Right Protection

LiYongsheng , Professor of the Southwest University of Political Science and Law; Hu Dongyang , Ph. D. Candidate of the Southwest University of Political Science and Law , Assistant Prosecutor of the People's Procuratorate of Zhang Jiagang.

Reviewing the Path of the Potential Damage Offense and Restructuring the Restraining Mechanism

WANG Lin YAN Erpeng • 113 •

As a response to the risk society from the criminal law , in recent years the potential damage offense has regained attention. When we use the potential damage offense to expend punishment scope and protect legal interest , we should vigilant the danger of this theory. It may dilute the legal interest and destroy the principle of guilt. With the 9th Criminal Law Amendment using potential damage of-

• 173 •

fense to put up violent terrorist crimes , a conservative identify path for the potential damage offense should be established. A binary standard should be built in the essential illegality position. It contains the forward path and the reverse path. Through this binary standard of potential damage offense , we can contract the scope of potential damage offense.

Key Words: Potential Damage Offense; Duplex Illegality Theory; Essential Standard; Absence of Damage

Wang Lin , Ph. D. Candidate of criminal law at the Law School of Hainan University; Yan Er-peng , Professor and Doctorial Supervisor of the Law School of Hainan University , Ph. D. of Law.

Reflection on the Criminal Quick Judging Procedure

WEI Huapeng • 124 •

After two years of pilot exploration , it is all known that the reform of criminal quick judging procedure is very important. But it cannot be ignored that the pilot has bring some questions. On the aspect of lawsuit efficiency , the criminal quick judging procedure also has many problems. For example , the communication mechanism on handling the case is inadequate , the case applicable objects are narrow , and the pretrial procedure is tedious. At the same time , the criminal quick judging procedure should pay attention to the investigation of the facts on the defendant's confession. In addition , the proof standard and the function of lawyers in the quick judging procedure should also be discussed.

KeyWords: Criminal Quick Judging Procedure; Investigation of Facts on Confession; Function of Lawyers; Standard of Proof

Wei huapeng , Lecturer of the Criminal Justice School of Shanghai University of Political Science and Law , Co - culture Postdoctor of Institute of Law of Chinese Academy of Social Sciences and Applied Law Institute of the Supreme People's Court.

Empirical Study on Designation of Litigation Representative in Handling Unit Crime

Research Group of the First Branch of Beijing Municipal People's Procuratorate • 133 •

Along with the dramatic development of Chinese economy , unit crime has become an undeniable objective existence. Meanwhile , persecution services encountered obstacles in charging unit crimes due to a couple of reasons. According to the legal interpretations , prosecution service is responsible for designing litigation representative for the criminal unit. In actual practice , some awkward phenomena appeared , such as the formalism of litigation representative designation and the defendant units' escaping of punishment , influencing the lawful criminalization according to law and the equal arms between prosecution and defense. It is thereby necessary to expand the scope of the personnel who is eligible to act as litigation representative , and to add a particular part to criminal procedure law for the regulation on the litigation representative of unit crime. Unit crime can only be accurately punished by applying legal systems with stronger legal authority and by applying legal provisions which are realistic to operate.

• 174 •