

危险犯发展趋势嬗变：独立危险犯的 诠释与展望

邹子铭

苏州大学王健法学院，江苏 苏州

收稿日期：2022年3月6日；录用日期：2022年4月4日；发布日期：2022年4月11日

摘要

独立危险犯是危险犯的新态势，但独立危险犯的发展并不能脱离抽象危险犯并且需以包容关系的派生危险犯为借鉴。独立危险犯所保护的法益亦大体为公共安全，这与派生危险犯如出一辙；但独立危险犯的罪刑大多数为轻罪，这与派生危险犯之否定评价却有云泥之别。独立危险犯是顺应犯罪圈扩大与遵循轻罪化浪潮的产物，具有一定的正当性与必要性；但值得注意的是，虽然独立危险犯多为轻罪，但却仍然摆脱不了抽象危险犯随意入罪的弊端。为此，权宜之计为首当其冲恪守谦抑本质进而建立相应的危险反证制度与扩建附条件不起诉制度从而扩大独立危险犯的出罪空间。此外，还应当完善二元处罚体系，避免极为轻微的危险行为掉入刑法“虎口”之中。

关键词

风险刑法，独立危险犯，派生危险犯，谦抑

Evolution of Dangerous Crime Development Trend: Interpretation and Prospect of Independent Dangerous Crime

Ziming Zou

Kenneth Wang of Law School, Suchow University, Suzhou Jiangsu

Received: Mar. 6th, 2022; accepted: Apr. 4th, 2022; published: Apr. 11th, 2022

Abstract

Independent dangerous crime is a new trend of dangerous crime, but the development of inde-

pendent dangerous crime cannot be divorced from abstract dangerous crime and it needs to learn from the derived dangerous crime of inclusive relationship. Similar to derivative risk crime, the legal interests protected by independent risk crime are mostly public security, and most of the charges are misdemeanors, which is contrary to the negative evaluation of derivative risk crime. The independent dangerous crime is the result of the expansion of crime circle and the trend of minor crime, which has certain legitimacy and necessity. However, it is worth noting that although most of them are misdemeanors, they still cannot get rid of the malpractice of committing abstract dangerous crimes at will. First of all, the expedient measure is to further develop the independent dangerous crime by abiding by the modest nature, and establish the corresponding dangerous counterproof and expand the system of conditional non-prosecution so as to enlarge the space of the independent dangerous crime. In addition, the dual punishment system should be improved so that very minor dangerous acts do not need to fall into the "tiger mouth" of the criminal law.

Keywords

Dangerous Crime, Independent Dangerous Offender, Derivative Dangerous Crime, Tolerance

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来,危险犯的发展趋势呈现新态势,由派生危险犯立法模式逐步过渡于独立危险犯立法模式,这是顺应犯罪圈扩大和遵循轻罪化浪潮的产物。那么,对于独立危险犯我们应当作何种理解?与之对应的派生危险犯作为保护公共安全的近卫兵,独立危险犯是否亦如此?独立危险犯和派生危险犯之间的关系如何,是互相包容的还是相对立的,这都值得我们去探索。独立危险犯早在刑法分则中就得以体现,例如危险驾驶罪,特别是随着风险社会的日趋加剧使独立危险犯不断增多,《刑法修正案(十一)》所增设的高空抛物罪、妨害安全驾驶罪、危险作业罪就是最好的佐证。对此,独立危险犯成为危险犯发展的新型态势,如何促进独立危险犯满足风险刑法任务需要的同时又不违背刑法原则顺利发展成为亟需解决的新型问题。

2. 独立危险犯的释义

刑法教义学将犯罪划分为行为犯、结果犯、危险犯,危险犯又可以具体细分为具体危险犯和抽象危险犯,那么独立危险犯应当属于前述分类的哪一种、与独立危险犯相对应的犯罪类型为何、独立危险犯所保护的法益类型具体为哪一类都影响着独立危险犯的释义。笔者认为,应当首先厘清独立危险犯在危险犯体系架构中的地位,其次要明白独立危险犯所保护的为何,才能最终摸索出独立危险犯的特征。

2.1. 独立危险犯之地位

其一,危险犯的本质是危险行为侵害法益的不确定性,亦为可能性,根据行为对法益造成危险可能性的程度为标准,对法益具有现实危险可能的行为属于具体危险犯;对法益具有抽象危险可能的行为属于抽象危险犯。在马克思主义哲学中表现为可能性与不可能性;其次,可能性又可以划分为现实的可能与抽象的可能[1]。那么独立危险犯是否应当一同与抽象危险犯和具体危险犯为同一层级?寻找此问题的答案则应当追溯本源——独立危险犯是否以法益侵害的现实可能或抽象可能作为分类标准。对独立危险

犯进行定义时应当运用反向推理的方法，即独立危险犯所对应的危险犯类型——派生危险犯，以至于更加方便地理解独立危险犯。所谓派生危险犯，是指类罪名既存在实害犯又存在危险犯，而危险犯属于实害犯未完成形态的化身，亦为类罪名否定性评价的一种派生结果。具体而言，派生危险犯主要存在于危害公共安全犯罪和破坏社会主义市场经济秩序罪中，例如《刑法》第 114 条所规定的放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪和以危险方法危害公共安全罪的危险犯类型；第 115 条所规定的是上述犯罪的结果犯类型。此外，《刑法》第 116、117、118 条所规定的破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、破坏电力设备罪和破坏易燃易爆设备罪是上述犯罪的危险犯类型；与之对应的第 119 条规定了上述犯罪的结果犯类型。再如刑法第 142、143、144、145、146 条所规定的“足以造成严重后果……”的派生危险犯类型。显而易见的是，派生危险犯在法条中的表述为“尚未、足以造成严重后果”，与之对应的“已经造成严重后果”则为类罪名的结果犯。据此作为反推，独立危险犯是指类罪名只存在危险犯而不存在实害犯的情形，例如《刑法》第 128 条非法持有私藏枪支弹药爆炸物罪、第 133 条的危险驾驶罪与妨害安全驾驶罪、第 134 条危险作业罪、第 291 条高空抛物罪。就此而言，既然独立危险犯与派生危险犯的区别是以类罪名是否存在结果犯为标准，也就是说独立危险犯具有法益危险的可能性，那么此时则可以回答第一个问题——独立危险犯与不与抽象危险犯和具体危险犯为同一层级。

其二，无论是独立危险犯或是派生危险犯对法益都具有危险可能性，那么与此产生的第二个问题是独立危险犯应当属于具体危险犯还是抽象危险犯？回答该问题则必须剖析背后的本质——独立危险犯对法益所造成的危险是现实的还是抽象的。所谓具体危险犯，是指入罪需要遵循罪刑法定原则并结合实证综合分析判断，最终决定是否成立犯罪；所谓抽象危险犯，是指行为只需要符合刑法明文规定的法益危险即可入罪的一种类型。由于派生危险犯所保护的法益大多数为公共安全并且在法条中的具体表述为“尚未造成严重后果”，因此有的学者主张派生危险犯需要具体案件具体分析综合考察行为是否真正危害公共安全而属于具体危险犯^[2]；有的学者则认为上述行为属于“准抽象危险犯”^[3]。笔者赞同第二种观点。同样采用反推方法，此时首先需要厘清独立危险犯与派生危险犯之间的关系：若认为前者与后者是对立的，那么前者则属于具体危险犯；若认为与前者与后者是包容的，那么前者则与后者一样属于抽象危险犯。笔者认为，如何界定派生危险犯与独立危险犯之间的关系则需要从背后的立法原理进行分析。首先，立法者制定危害公共安全罪的危险犯其本质目的是结果犯的未完成形态并不足以惩治与预防多发多变且具有严重危害性的危害公共安全行为；在犯罪未完成形态中，不论是未遂犯亦或是预备犯都存在从轻、减轻处罚的空间，虽然在一定程度上一方面既符合宽严相济的刑事政策精神，另一方面又满足了刑法谦抑本质，但与之而来的“反作用力”是不足以制裁犯罪人。故而立法者将未遂形态、预备形态既遂化，将实害结果的未遂犯与预备犯转化为危险犯的既遂，从而弥补惩治力缺乏的问题。其次，根据独立危险犯的性质，所对应类罪名具体有危险驾驶罪、危害安全驾驶罪、高空抛物罪、危险作业罪等；上述类罪名只需要行为对所保护的法益产生危险即可入罪，立法者之所以将风险行为归入刑法管制范围正是因为风险社会下的风险行为一旦造成实害结果将无可挽救，这种损害是不可逆的。简言之，独立危险犯是风险社会下法益前置性保护的体现，同时亦为造成实害结果行为的提前规制，弥补了实害犯所形成的主观结果认识判断困难的弊端；作为结果犯之未完成形态并不能充分惩治行为人，预备犯或未遂犯的本质应为法益的早期保护，但由于未完成形态为构成要件的附属，当危险行为之实害故意无法判定或主观上仅为过失时就无法对危险行为进行否定性评价^[4]，因此则需要实害结果的转化之独立危险犯论处。以《刑修(十一)》第 2 条第 3 款“有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”和第 33 条 2 款“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”为例，在造成实害结果后转化为其他犯罪是一种竞合立法方式，由于在尚未造成严重后果的危害安全驾驶和高空抛物并不可能以转化罪论处，故而只能根据法益危险程度评价为独立危险犯。危险犯中的“危险”并非构成要件的客

观因素之一，从而摆脱构成要件的束缚降低主观结果认识困难。此时方可寻觅第二个问题的答案——独立危险犯对法益所造成的危险可能性是抽象的。

综上所述，若以主张派生危险犯是具体危险犯的观点为标准，那么派生危险犯与独立危险犯是对立关系(详见图 1)；若以主张派生危险犯是准抽象危险犯的观点为标准，那么两者之间是包容关系(详见图 2)。笔者认为，由于独立危险犯与派生危险犯的立法目的具有一致性——都是为了实现法益早期性保护，故而两者之间应为包容关系而非对立关系。既然派生危险犯属于抽象危险犯，那么独立危险犯亦属于抽象危险犯。

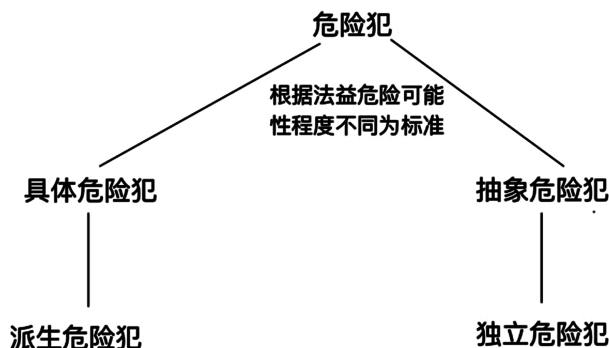


Figure 1. Classification of dangerous offenses in opposition relations
图 1. 对立关系的危险犯的分类

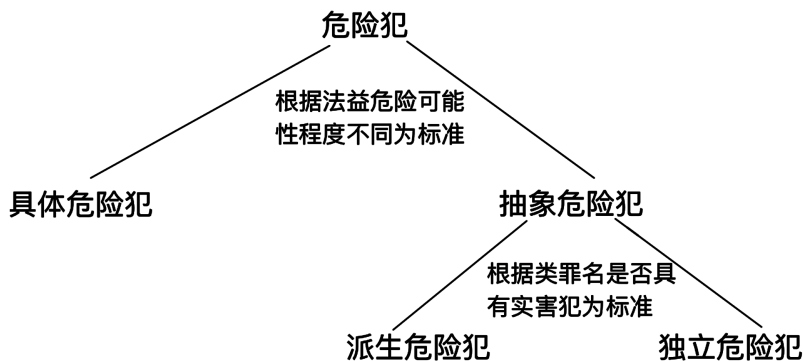


Figure 2. Classification of dangerous offenders in inclusive relationships
图 2. 包容关系的危险犯的分类

2.2. 独立危险犯之法益

犯罪的本质是法益保护，不具有任何法益实质性侵害或现实危险状态的行为绝对不成立犯罪。可以明确的是抽象危险犯作为控制社会风险的手段之一，一方面在尚未造成实害结果前刑法即插手介入，有利于周延法益保护、防止其受到不可弥补的重大伤害；另一方面随着风险社会的日趋加剧，社会关系错综复杂，法益危险的实害性转换风险就愈来愈大，因而纯粹的行为犯或结果犯侵害法益时的因果关系认定亦愈为困难，“抽象危险犯作为着重评价的规范不法模式可以避免结果犯在因果关系无法判断四的认定难题，从而在风险社会下最大程度地保护法益。” [5]独立危险犯作为一种在实害犯无法规制危险行为或采用派生危险犯制裁所造成的与罪责刑不相适应的矛盾而衍生的新手段，其所保护的法益亦不能脱离抽象危险犯的总体范围。简言之，明确独立危险犯所保护的法益为何，首先需要解决的是抽象危险犯所保护的法益为何。

第一，至于抽象危险犯所保护的法益为何，有的学者认为“抽象危险犯的设置是一种对法益的提前周延保护，也可以说是对法益保护的前置性措施”[6]，是一种超越个体法益上升为集体法益的保护。例如，非法持有枪支弹药爆炸物罪所保护的是公共安全、危险驾驶罪所保护的是公共道路交通安全、危险作业罪所保护的是生产作业的公共安全、妨害安全驾驶罪所保护的是道路交通安全、高空抛物罪所保护的是公共道路安全；综合而言，上述抽象危险犯具有一个保护的公约数——公共安全，行为只要对公共安全产生威胁则成立犯罪。有的学者认为抽象危险犯所保护的仍然是个体法益，具体而言是个体生命、财产、安全等，并且形式意义的集体法益最终为个体法益服务[7]。譬如，无论是危险驾驶罪也好、妨害安全驾驶罪也罢，亦或是高空抛物罪，形式上的法益为不特定多数人的利益，但集体法益最终需要还原于个体法益，也即特定主体的生命健康、财产安全。上述观点承认颇有一定道理，但仔细思考会发现无论是纯粹集体法益亦或是个体法益，都不能准确地描绘出抽象危险犯所保护的客体到底为何。

笔者认为，抽象危险犯所保护的是阶层法益——构成危险犯需要同时对个体法益与集体法益造成危险。首先，若认为抽象危险犯保护对象为集体法益——公共安全，所需要证成的是危险行为如何危害集体法益，这也就意味着需要通过结合实证综合分析判断最终决定是否成立犯罪。但显然这是具体危险犯的入罪模式表现，此时将陷入抽象与具体混淆的泥潭。其次，若认为抽象危险犯所保护的法益为集体法益则会陷入法益放大化而造成任意入罪的漏洞；集体法益是一个抽象概念，而个体又是集体的组成部分，但这并不意味着侵害个体法益就会冲击集体法益。可悲的是，在风险社会时代，国家对于任何风险行为具备高度敏感，为了保护集体法益为借口而随意入罪显然违背谦抑，缺少危害行为→集体法益间因果关系的证成。最后，若认为集体法益最终需还原于个体法益，那么将会与抽象危险犯立法初衷相悖，并受到行为犯和结果犯的质疑——既然危险犯背后本质为法益侵害的“不确定性”，那么采用行为犯或结果犯岂不是更能充分地体现法益保护程度吗？此外，还有一大弊端——如何证成危险行为损害个体法益？譬如，在醉驾中，主张集体法益还原于个体法益的学者，他们是否能够证明醉驾行为真的会造成他人的生命、财产受到损害？又如，在高空抛物罪中，若认定抛物行为最终保护的是个体生命安全，以此逻辑，直接以故意杀人罪或故意伤害罪论处似乎更为了当合理。再如，妨害安全驾驶罪作为独立危险犯的一种形式，属于造成实害结果的提前规制，那么这种“妨害”显然是建立在尚未造成严重后果之上的，既然没有发生实害结果那么如何认定集体法益将还原于个体法益？由此可见，抽象危险犯所保护的既不是单纯的集体法益，也不是单纯的个体法益，他们二者都难以顾全大局。

第二，以独立危险犯的典型代表为例证，分别是危险驾驶罪、危险作业罪、妨害安全驾驶罪和高空抛物罪，它们最大的特点为没有实害状态，否则转化为其他罪名论处——交通肇事罪、重大责任事故罪、以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪或故意伤害罪。立法者之所以将上述危险行为规制是因为破坏集体法益的同时危害个体法益。具体而言，集体法益为一阶层法益，个体法益为二阶层法益，为了避免二阶层法益受到实质性伤害而提前规制危险行为是一种阶层保护的体现。若纯粹对集体法益产生危险的行为则不能以独立危险犯入罪；反之，纯粹侵害个体法益的则以实害犯或行为犯论处即可。可见，满足抽象危险犯入罪条件，亦是独立危险犯入罪的前置性条件之侵害集体法益而后对个体法益产生危险。防控交通事故的风险为危险驾驶罪的存续提供了证成，防控重大责任事故的风险为危险作业罪提供了证成，防控抢夺公共汽车方向盘的危险为妨害安全驾驶罪提供了证成，防控高空抛物泛滥导致行人受伤、死亡的风险为高空抛物罪提供了证成；同时，也为独立危险犯所保护的客体为阶层性法益提供了证成。

第三，以派生危险犯为视角，其大多数存在于危害公共安全犯罪中，所保护的客体多为公共安全；与之对应的实害犯，所保护的是特定人群的法益。立法者之所以在类罪名中设计实害犯与危险犯形态是因为防止侵害集体法益的同时而进一步危害个体法益，此时则体现出法益的阶层式递进。此外，由于派生危险犯与独立危险犯为包容关系而非对立关系，自然法益相互贯通，为独立危险犯之阶层法益保护

提供规范价值。

2.3. 独立危险犯之特征

独立危险犯作为危险犯的分支，说明风险社会下多元多面的预防风险手段出台。作为危险犯的一份子，与实害犯和行为犯迥异的仍然是不以发生具体危害结果或满足刑法明文规定的构成要件为成立犯罪的条件。与之对应的派生危险犯，是指罪名既存在结果犯又存在危险犯的状态，故而独立危险犯之所以“独立”，正是因为不具备相应实害结果的否定性评价。由于派生危险犯的法定刑基本为3年以上10年以上的有期徒刑，属于明显的重罪；那么对于这种尚未造成实害结果的风险行为的否定性评价并不符合罪刑均衡。立法者为了弥补派生危险犯量刑过于苛重从而导致罪责刑不相适应的弊端而想出了另一个妙招。笔者认为，虽然危害公共安全犯罪具有严重的社会危害，但作为尚未造成严重后果的风险行为也不得以“造成重大伤亡后果”为借口而滥处刑罚，但是为了与实害结果之无期徒刑、死刑的刑罚幅度区间相匹配而不得不将危险犯的否定性评价设定在3至10年有期徒刑之间。值得庆幸的是，立法者已经注意到了这一弊端，从而跳出既存在实害犯又存在危险犯之“二元立法思维”，走上了一条仅针对单纯危险行为的否定性评价道路；如此一来既可以避免为了与实害结果的重刑框架相匹配的矛盾，为独立危险犯的否定评价满足与客观危害性和主观恶性相适应，同时又符合刑法谦抑本质。因此，独立危险犯的否定后果应当是3年有期徒刑以下的轻罪。倘若一旦跳出轻罪重罪的界线，那么独立危险犯的设置完全偏离危险犯发展路径，毕竟刑罚苦果超过犯罪之恶那么这种刑罚的发动是不具有正当性的[8]。作为实害结果的风险行为相较于造成结果犯或行为犯的危害行为而言前者的社会危害性必然更小；但这并不意味着独立危险犯是静态的，而是若造成实害结果则成为转化犯的动态过程。

综上，独立危险犯特征为：1) 法益大多数为公共安全；2) 刑罚较轻；3) 不以发生实害结果为前提；4) 达到法益危险射程的高度可能性即既遂；5) 与派生危险犯为包容关系。

3. 独立危险犯的证成

就立法而言，法益是否受侵害决定刑事立法的正当性，制裁手段与罪责合乎比例决定刑罚阈值的合理性。独立危险犯作为危险犯的新型代表，自《刑修(十一)》颁布以来呈现上升态势，亦说明独立危险犯增加趋势是完善当前风险刑法与满足人权保障日益完善下民权刑法的合理性需要。

第一，独立危险犯作为风险刑法的新型手段，弥补派生危险犯刑罚苛重弊端的同时又进一步地实现法益保护的早期性。派生危险犯的否定性评价需要与实害结果相匹配所造成量刑苛重的弊端不仅违反罪责刑相适应原则的同时而且不利于犯罪人改造自新回归社会。在坚守二元立法模式下，将一部分危险可能性程度相当的风险规制为犯罪摆脱派生危险犯否定性评价过重的弊端，以轻刑罚代替原有的重刑罚不仅没有改变危险犯立法初衷所保护的公共安全，而且节省司法资源以至于惩治其他重大危害犯罪。此外，独立危险犯解决风险社会下行为与结果间因果关系难以证明的问题，提高了刑事司法追诉效率。独立危险犯的轻刑特点起到了大惩小戒作用，成为危险犯的新宠儿。

第二，独立危险犯顺应犯罪圈扩大的同时又保持轻罪化的趋势。行为入罪化概率不断提高、犯罪圈逐渐扩大、犯罪体系日趋严密的态势[9]；危险犯的扩张意味着国家刑罚权的不断扩大，但这种扩大与刑罚界限的内收并不冲突。现行刑法已经进入民权刑法的边缘，独立危险犯的轻型量化满足了以刑罚是否侵犯权利作为价值评判标准、满足了以国民为保护对象、满足了以刑法作为保障权利为主的民权刑法体系架构。值得注意的是，犯罪圈扩大并不意味着刑罚范围也同时扩大，反而在国内人权保障制度日趋完善的大背景下后者与前者呈现反比关系，为了证明犯罪圈扩大的合理性与正义性，权宜之计是刑罚幅度必须限缩，否则将会造成国家刑罚权打击范围无休止扩军的逆反后果，使刑法重沦控制社会的工具。

非罪化运动在欧洲各国盛行，主要体现在一些违反风化类犯罪不断被踢出刑法猎食领域，这值得我国借鉴，但并不能直接照板煮碗，权宜之计是走上一条轻罪化道路进而过渡于非罪化浪潮中。独立危险犯的出现恰恰满足轻罪化道路的需要，具有正当性与必要性。

第三，独立危险犯是谦抑原则的衍生品。危险犯作为控制风险行为的方法之一，意味着刑法前移与刑罚提前介入；若危险犯脱离谦抑本质的“过度繁衍”将会带来适得其反的效果，不仅悖逆打击犯罪的初衷，而且造成社会窒息的现象，使得国民反抗刑法并削弱权威性。由此，如何兼顾自相矛盾的两个问题——既要应对风险社会的需要控制危险行为，又要在预防风险的同时控制刑法危险成为新的棘手难题。幸运的是，独立危险犯的出现解决了这一矛盾，作为危险犯恪守谦抑本质的产物——独立危险犯在刑罚设计层面完全满足刑法所应当保持的审慎节制态度，由于独立危险犯否定性评价多为管制、拘役或一年以下的有期徒刑，从量刑层面的谦抑消弭作为危险犯的一份子之入罪门槛较低的弊端，这就防止出现“当对危险犯理论认识不足而无法从中汲取谦抑制约机制时，出于对危险犯的过分滥用之担忧就只能以实害犯的具体考量方法限制危险犯适用范围的问题。” [5]。

4. 独立危险犯的发展路径

自现代世界进入风险社会后，愈来愈多不明不白或无法料及的后果成为了社会的主宰力量[10]，人们的社会安全感需求大幅提升，社会对一切将来可能发生的危险程度高度敏感，因而产生“风险刑法”作为对策防控风险社会。独立危险犯作为风险刑法的新宠儿，一定程度上具有法益保护早期化、满足人们社会安全感和增强规范意识的益处，这是值得肯定的地方。“但风险刑法不再等待损害结果的出现，而是着重在行为的非价值判断上” [11]，所带来的无价值判断之核心从而使具体法益走向抽象化、模糊化。独立危险犯作为犯罪圈扩大且轻罪化的趋势下风险刑法的新型手段，若不加以规范控制势必将突破法治原则、谦抑性与罪刑法定。独立危险犯的立法趋势被当作法益前置性保护和可罚性扩张的代名词，积极刑法观是顺应社会规律的结果且并不能与之抵触，但可以实现的是独立危险犯在遵循谦抑本质之下限制其衍生与评价，并恪守现行轻罪化路径不断完善。

4.1. 谦抑是独立危险犯的阳关大道

谦抑是刑法的本质属性，在风险社会大环境下所造成犯罪圈扩大更应当遵循谦抑本质，否则将导致独立危险犯“过度繁衍”产生适得其反的后果，不仅悖逆打击犯罪的初衷而且造成社会窒息的现象，使得国民反抗刑法并削弱权威性。至于何为谦抑，不同学者有不同的看法：野平龙一认为，即使行为侵害了他人的合法利益也并非需动用刑法，只有在公刑不足以惩治犯罪人的同时才得意采用刑法[12]。陈兴良教授认为，“刑法应当力求最小支出——少用甚至不用刑罚以获取最大的社会效益——从而有效地预防和控制犯罪。” [13]张明楷教授认为，谦抑性是指凡事能够以非刑事规范足以保护合法权益时，就不应当规定为犯罪；定罪量刑的同时，也应当从轻出发[14]。尽管世界各国的各个学者对谦抑性的解读都有着不同程度的差异，但本质却大相径庭。笔者认为，刑法的谦抑性包括了入罪的谦抑和量刑的谦抑，前者是指能够以非刑事规范制裁的尽量不动用刑法规制；后者是指量刑时尽量避免重刑，能够以轻刑达到制裁效果的，例如财产刑、资格刑、非刑罚处罚方法，就不采用重刑实现刑罚目的。由于风险社会下犯罪圈呈现扩张态势，所以独立危险行为入罪必须更加审慎节制，这就是“以最小化原则保护最大化法益”。这就意味着刑法作为断后手段，对独立危险犯拟制时所保护的必须是“相当性或放大性的危险行为”所危险的特别重要法益；立法者考虑入罪时必须能够满足危险可能性的规范价值判断，司法者考虑量刑时必须满足危险可能的实证价值判断。如此一来，危险行为是否需要入罪、是否需要从轻发落把谦抑本质展现的淋漓尽致。

独立危险犯并不能脱离“行为造成法益危险即入罪”的刻板条件，只要行为人实施相应的法益危险行为即可能受到刑法制裁之后果；由此，危险行为是否需评价入罪成为恪守谦抑的关键一环。值得注意的是对于独立危险犯而言，应当将谦抑的重心首先放在入罪评价之上，之所为先有“谦”而后“抑”。刑事制裁是犯罪的法律后果，刑罚是实现刑事制裁的方法之一，没有犯罪当然没有刑罚手段；独立危险犯需要将谦抑本质渗透入罪评价上。首先，所谓“谦”，即刑法的谦虚和谦让，即坚持罪刑法定原则的基础上制定犯罪的同时需要保持谨慎小心的态度处理，能够非犯罪化的行为就不由刑法规制、能够由非刑事规范调整的行为就不由刑法调整。以醉酒型危险驾驶罪为例，自从《刑修(八)》将其入刑以来，其本质是为了防控日益增加的醉酒驾驶行为，保障公共交通秩序的安全，出发点固然是好的；但刑法作为一把双刃剑，威慑公众的同时立法者疏忽了入罪的随意性，导致大量原本应当由行政处罚规制的酒驾而过度犯罪化，每年将近有数万人背负危险驾驶的罪名，虽然大多数为拘役之轻刑，但因留有所谓的“案底”使违法成本和制裁支出并不成比例。醉酒型危险驾驶罪作为独立危险犯的一种，无需各类实证因素综合评判即可成立犯罪；具体而言，满足机械的入罪标准之“80 mg/100ml”即可成立犯罪，显然轻易违背谦抑。数据显示，2014年重庆市大约有1500余名酒驾司机被判处刑罚^[15]。温州市苍南县人民法院截止于2014年4月的一项调查显示，苍南县877人因醉酒驾驶而被法院判决有罪^[16]。更为离谱的是，有人因停车场挪车也被法院判处有期徒刑，醉驾型危险驾驶显然突破入罪的谦抑。这对于独立危险犯的发展趋势并不是一个友好的讯息，特别是对于高空抛物罪出台后的频繁“出现”是一个值得警惕的信号。《刑修(十一)》同样将高空抛物行为纳入刑法规制领域，与此带来的问题是任何高空抛物都需要采用刑事手段调整吗？醉酒型危险驾驶入罪泛滥的问题给高空抛物罪的警示是对于某些情节显著轻微、危害不大的抛物行为首先应当考虑的是动用非刑事手段进行调整，例如行政处罚。倘若对于独立危险犯首先考虑的是采用轻型刑罚制裁犯罪人，那么将犯下本末倒置的错误。其次，量刑谦抑为第二顺位的考量。值得庆幸的是，大多数独立危险犯的否定性评价都较轻，尤其是以危险驾驶罪最高刑为6个月的拘役，高空抛物罪、危险作业罪和妨害安全驾驶罪的最高刑期为1年有期徒刑。但这并不意味着独立危险犯现行的否定性评价“高枕无忧”；刑罚所带来的恶果大于犯罪之恶，那么这种刑罚就是不合理的，“近年来刑法修正案的陆续出台彰显出刑法从‘厉而不严’到‘严而不厉’的转型”^[17]，独立危险犯作为刑事法网愈发严密和行为入罪率提高但又轻刑化的产物，应当尽量采用经济刑代替自由刑，建立相应易科罚金制。司法者评价独立危险犯时应尽量从轻发落，详言之，应当综合考量客观危害性和主观恶性综合评价，尽量采用非刑罚处罚方法，规制自由刑时尽量采取缓刑手段。最后，需要注意的是，对于非法持有枪支、弹药、爆炸罪的最高刑为7年有期徒刑，这显然突破独立危险犯之较轻否定评价的特征。持有枪支类犯罪作为危害公共安全的行为，但是否真正会对公共安全产生实质性损害是尚不能得知的；因而，对于这种不确定性，立法者贸然采用重刑主义不仅突破谦抑本质，而且悖于独立危险犯之轻刑框架，权宜之计为将最高刑降低至3年以下的有期徒刑。

综合而言，鉴于独立危险犯轻刑之特征，司法者首当其冲的任务是不得随意将危险行为评价入罪，毕竟风险社会下并不是所有的风险都具有相当危害性；其次才应当在量刑层面保持审慎，尽量采用非刑罚方法或轻缓方法，如此一来，才能使先“谦”而后“抑”的本质浓缩于独立危险犯中，并完善其发展的正当性与正义性。

4.2. 应允许危险反证

虽然独立危险犯所承担的否定性评价并不严重，但仍属于刑事处罚的一种；我国传统文化与犯罪后所留下的连锁反应并不利于独立危险犯的发展，甚至违背谦抑本质。主要体现在受到刑事处罚的人将被开除党籍、开除职务工作、不得担任公务员职务，甚至影响后三代任职公务员的权利。这种衍生的不利

后果与独立危险犯之轻罪特征是相悖的，笔者认为，在保存现有制度的情况下消弭这种不利后果不妨从另一个角度出发，即使犯罪满足规范价值意义但实证价值不足的仍可出罪。简言之，犯罪人可以证明行为不存在法益危险可能性从而不承担刑事责任。

以醉酒型危险驾驶罪为例，盲目以血液中的酒精浓度之“80 mg/100ml”作为入罪标准，一概而论为醉酒驾驶并不利于实现个案正义，更不利于独立危险犯的发展。司法者所需要考量的应当是构成个案的不同因素，例如驾驶人的反应速度、神志是否清醒、驾驶的地点、时间以及载具等因素。举例之，行为人醉酒后在停车场挪车应当允许证明不具有公共安全的危险可能性，这种可能既不是现实可能也不是抽象可能，因大型停车场并不满足不特定多数人活动的条件。再如，构成危险驾驶罪的要素之一为“驾驶机动车”，根据《城市道路管理条例》第119条为“动力装置驱动或牵引上路行驶的供人员乘用或用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆”[18]，显然立法将机动车广义化，并不利于危险反证制度发展。笔者认为，对于危险驾驶中的“机动车”应当作狭义解释，即不包括摩托车和三轮车，此时则便于行为人证明其所驾驶的载具不具有公共安全的危险性。又如，以高空抛物为例，行为人在夜深人静的时间点向小区楼下的行为人抛物的也应当允许反证，即使行为人是侥幸的；由于不满足不特定多数人的活动条件，也就意味着抛物行为并不会危及公共安全。

德国刑法给我们提供了很好的例证，第326条第5款规定行为人倾倒的垃圾数量较少，能够排除对土地、水质、空气、动植物的污染时不予以处罚[19]；我国未来的危险犯设计可以参照此类模式，坚守谦抑本质的同时又节省司法资源。但有学者认为危险反证不但与危险犯自身概念相悖使具体危险与抽象危险的界限模糊不清，而且进一步违反法治原则下的存疑时有利于被告原则[20]。以上两种观点值得商榷。首先，危险反证与危险犯本身并不冲突；主张相悖的学者孤立片面地看待二者间关系，抹杀其共性所在。实际上，两者应当是“本是同根生”——作为危险犯的产物，规范价值的危险并不能充分地体现实践中的危险行为是否真正“危险”，此时需要实证价值予以进一步解释，同时亦有助于独立危险犯在抽象与具体的包容关系下顺利发展。其次，具体危险与抽象危险之间可以相互转化，无论是多么抽象的法益，都需要实践中加以证明从而转化为具体法益，二者之间只是法益危险可能程度的差异。最后，危险反证与存疑时有利于被告系母子关系：存疑时有利于被告衍生的危险反证之子关系进一步延续和继承有利于被告原则的血脉，与实质精神相吻合。具体而言，虽然形式上给予被告人允许反证失败的另一种后果着实系使行为人承担了不利评价，但以此逻辑伸展开来所带来的问题是割裂了危险反证的本质作用；实则不然，任何结果都是不同的过程所组成的，不能因为不利的结果而否定任何的步骤而犯下唯结果论错误。也即，危险反证的初衷在于允许被告人主张自己的行为不具有对法益的危险可能性从而无需入罪，这对于存疑时有利于被告原则是一脉相承的。从另一种角度分析，行为人所实施的危险行为本是法律禁止的，故而应承担与之相对的否定性后果，法律上给予被告人证明机会是网开一面的表现，同时符合刑法谦抑的精神；毕竟，与不允许反证相比，“直接接受来自于立法拟制所承受的不利后果的几率要小得多。”[21]如此可见，即使独立危险犯存在随意入罪的弊端，只要存在危险反证制度即可在一定程度上消弭这一副作用。

4.3. 扩建附条件不起诉制度

现行的附条件不起诉是指犯罪时未满18周岁或审判时不满22岁的在校大学生触犯刑法分则第四、五、六章的轻微犯罪并且否定评价为一年以下有期徒刑或拘役、管制或单处罚金而不予以起诉的制度。笔者认为现行附条件不起诉适用范围过于狭窄，尤其是对于独立危险犯这一种轻罪而言更应纳入其中。值得庆幸的是，司法实践中已经存在独立危险犯的附条件不起诉案例——2017年，瑞安市人民检察院对一例犯罪情节轻微的醉酒型危险驾驶罪附条件不起诉[22]，为独立危险犯开创附条件不起诉开启了先河。

独立危险犯作为一种风险行为,是否会造成实质性侵害并不确定,这种因果关系难以在实践中加之证成,所以在规范价值判断立场上还应当综合程序性内容加以甄别,允许独立危险犯的犯罪人证明自己行为并不存在法益危险可能性从而无需承担刑事制裁进而完善风险刑法体系,具体设计如下:

第一,建议删除现行附条件不起诉制度的年龄限制,将主体范围不再局限于未成年人和审判时不满22岁的在校大学生,亦即不限制年龄范围。第二,由于独立危险犯所保护的法益多为公共安全,而现行附条件不起诉要求满足触犯的是侵犯公民人身权利、财产权利犯罪或者妨害社会管理秩序犯罪,并不符合独立危险犯的完善与发展。故笔者建议将危害公共安全犯罪纳入其中,对于类似醉酒型危险驾驶、危害安全驾驶罪、危险作业罪等危害公共安全的轻罪同样适用附条件不起诉。

4.4. 完善二元处罚机制

刑法学的研究必须完完全全以人为中心,必须站在国家治理体系和治理能力现代化的宏观视野上。我国刑法目前的现状过分重视对国外刑法的借鉴而忽略了批判和汲取我国古代刑法的精华。唐朝立法指导思想是“慎刑、恤刑”;甚至暴君朱元璋都反对法网过分严密。之所以存在刑事处罚和行政处罚,正是马克思主义唯物辩证法矛盾论的体现,也即主要矛盾和次要矛盾,若把次要矛盾上升为刑事处罚,那么将产生主次颠倒的效果。目前我国采用二元立法模式,也意味着否定评价采用二元处罚机制。具体而言,法益侵害程度不严重的行为以行政处罚规制,反之,则启动刑事手段。以醉驾为例,尚未入刑前的惩戒手段为行政处罚,包括拘留、罚款和吊销驾驶证;自入刑后在行政处罚领域仅保留吊销驾驶证这一环节,彰显行政手段在风险行为的谋生地逐渐缩小,这对于独立危险犯的发展并不是一个利好的讯息。

笔者认为,对于独立危险犯而言,亦应当在《行政处罚法》增加相应的制裁空间,而并不是所有的危险行为动辄刑法制裁,同时实现非刑罚化发展。同样列举上述例子,即使行为人在夜深人静的时候高空抛物也着实不会对公共安全产生危险,但若不对其进行惩治似乎具有放纵违法之嫌,权宜之计为对于这种危险极为轻微的行为采用行政处罚手段以满足大惩小戒的作用。简言之,既可以采取罚款,也可以采取十五日以下的拘留;如此一来既消弭承担刑事责任所带来的“犯罪标记”效应同时又符合谦抑本质。

5. 结语

风险社会的日趋加剧造就风险刑法手段的不断革新,这有利于防控任何具有社会危害的风险性行为。独立危险犯作为风险刑法的新宠儿,是顺应犯罪圈扩大与轻罪化趋势的共有物,在立法中应继续发扬。但独立危险犯始终为危险犯的一份子,无法避免违反谦抑本质之随意入罪的弊端,故首先应当考虑的是危险行为是否应当入罪,这是秉持刑法谦抑本质的体现。但这远远不够的,独立危险犯是法益保护早期化、能动化、犯罪圈扩大化的体现,仍蕴含侵害国民权利的风险,在民权刑法体系下更应当限制;与之相对的对策是允许危险反证,为法益危险可能性极为轻微的行为建立出罪空间。此外,应担对程序法方面的附条件不起诉制度予以改革,让独立危险犯浓缩于内,并完善我国现行的二元处罚体系,使“逃脱”刑法“虎口”的违法行为以行政手段制裁而避免放纵违法之嫌。如此,方可实现风险刑法新手段解决风险社会问题的同时又兼顾自由保障机能与法益保护机能。

基金项目

本文为2014年司法部国家法治与法学理论重点研究项目“中国特色轻罪体系建构研究”(14SFB1004)的阶段性成果。

参考文献

- [1] 肖前. 马克思主义哲学原理(上) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1998: 136.

-
- [2] 张明楷. 刑法学(上册) [M]. 北京: 法律出版社, 2021: 24.
- [3] 李婕. 抽象危险犯研究[M]. 北京: 法律出版社, 2017.
- [4] 林东茂. 危险犯的法律性质[J]. 台大法学论丛, 2004(2): 47.
- [5] 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化认定倾向为视角[J]. 政治与法律, 2013(12): 60-69.
- [6] 苏彩霞. “风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩[J]. 法商研究, 2011, 28(4): 30-32.
- [7] 李婕. 论抽象危险犯的法益构造与界限[J]. 刑事法评论, 2015, 37(2): 363-376.
- [8] [意]切萨雷·贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008: 26.
- [9] 姜涛. 中国刑法走向何处去: 对积极刑法立法观的反思[J]. 国家检察官学院学报, 2021, 29(5): 116-139.
- [10] [德]乌尔里希·贝克. 风险社会[M]. 何博闻, 译. 南京: 译林出版社, 2004: 128.
- [11] 陈京春. 抽象危险犯观念诠释与风险控制[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014(3): 116-126.
- [12] [日]野平龙一. 刑法的基础[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 248.
- [13] 陈兴良. 刑法的价值构造[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 292.
- [14] 张明楷. 论刑法的谦抑性[J]. 法商研究, 1995(4): 55-62.
- [15] 袁靖, 刘波. 酒驾入刑一年来 1500 名司机被判刑[N]. 重庆日报, 2013-04-25(018).
- [16] 苍南县人民法院. “醉驾”入刑三年以来的现状及反思[EB/OL]. http://cangnan.zjcourt.cn/art/2015/2/5/art_1312425_6407871.html, 2022-02-18.
- [17] 尹彦品, 王艳荣. 醉酒型危险驾驶罪回顾与完善刍议[J]. 河北法学, 2022, 40(4): 185-200.
- [18] 王爱立. 中华人民共和国刑法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 224.
- [19] 德国刑法典[M]. 徐久生, 译. 北京: 北京大学出版社, 2019: 357.
- [20] [德]罗克辛. 德国刑法学总论(第 1 卷) [M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 136.
- [21] 付立庆. 应否允许抽象危险犯反证问题研究[J]. 法商研究, 2013, 30(6): 79-84.
- [22] 蒋芳伟. 论醉驾附条件不起诉控制模式[J]. 山西警察学院学报, 2019, 27(1): 24-29.