

# 抽象危险的立法预设与司法判断

张明楷\*

**摘要:** 将所有的抽象危险犯与具体危险犯视为对应且对立的关系,主张抽象危险为立法预设(推定或拟制)因而排除司法判断的观点,存在明显的缺陷;形式上符合抽象危险犯构成要件的行为也可能并不存在立法预设的危险,故应允许反证。对抽象危险犯构成要件的限缩性实质解释与对具体案件中抽象危险的反证并非完全等同;反证属于构成要件符合性的判断,而非对违法阻却事由的判断。抽象危险犯构成要件符合性的判断可分为正面判断与反面判断,正面判断是对立法预设的危险是否存在的类型判断,该判断若成立则肯定构成要件与抽象危险之间的通常关联性;反面判断则是立法预设与特殊案件是否一致的例外判断,该判断若成立则否认构成要件与抽象危险之间的真实关联性。刑法基于判断资料与判断标准对抽象危险做出立法预设,只有当具体案件不存在立法预设的判断资料时,才允许反证;对立法者采用的判断标准本身,不得进行反证。

**关键词:** 抽象危险犯 禁止反证说 允许反证说 立法预设 司法判断

关于抽象危险犯的司法判断,我国刑法学者主要围绕是否允许对抽象危险进行反证展开讨论。所谓反证,是指以具体案件缺乏作为处罚根据的危险为由,否认行为成立抽象危险犯。虽然反证是针对具体案件而言的,但是是否允许对抽象危险进行反证,不仅关乎抽象危险犯的认定方法与成立范围,而且直接影响对抽象危险犯概念本身与立法根据的认定。这一问题在国内外都存在对立观点,笔者拟在评述相关观点的基础上,就对抽象危险犯能否进行反证的问题发表自己的看法。<sup>①</sup>

## 一、允许反证的必要性

由于各国刑法分则规定抽象危险犯的法条没有将行为造成的危险或实害规定为构成要件要

\* 清华大学法学院教授

<sup>①</sup> “司法判断”与“反证”原本是两个不同的概念,但就抽象危险犯而言,两个概念的含义大体相同。笔者在本文中在等同意义上使用这两个概念。

素,因此持“形式说”者认为,抽象危险犯的危险由立法者根据生活经验预设,只要行为符合抽象危险犯的构成要件,就应当认为引起了立法者所预设的危险,而不管行为是否现实地造成危险,均应按抽象危险犯论处。<sup>①</sup>换言之,持“形式说”者对抽象危险犯坚持“禁止反证说”。坚持“禁止反证说”者主张在任何具体案件中都不需要也不应当对作为抽象危险犯处罚根据的抽象危险进行司法判断。即使被告人证明自己的行为没有造成危险,或者司法人员的判断结论是不存在危险,也不能否认立法者的预设,仍应适用抽象危险犯的规定。

“禁止反证说”的核心理由是基于具体危险犯与抽象危险犯的基本设定。例如,根据《德国刑法》第306a条的规定,放火烧毁“供人居住的建筑物、船舰、住宅或者其他相似空间”的,构成加重放火罪。德国有学者在谈及此罪的构成要件时指出,即使行为人在实施行为之前确认了居所内没有人,即确认了不可能发生危险,且行为在客观上未造成危险,也不能否认加重放火罪的成立。因为如果要证明上述对象遭受了现实的危险,或者认同通过目的性限缩排除危险,就使得抽象危险犯变成了具体危险犯。<sup>②</sup>我国也有学者指出:“在刑法教义学中,抽象危险犯的危险是立法拟制的危险,并不需要司法判断。如果这种危险需要司法判断,则不可能是抽象危险犯而只能是具体危险犯。”<sup>③</sup>还有学者指出:“如果主张通过司法上的反证或实质判断限制抽象危险犯立法的处罚范围,那么就是将抽象危险犯当作具体危险犯来看待,这种从客观不法范围上的司法限缩显然与抽象危险犯的立法目的和逻辑相抵触。”<sup>④</sup>概言之,“若要求公诉方证明存在个别的危险性,抽象危险犯就变成了具体危险犯,这是有违立法的”。<sup>⑤</sup>

不难看出,持“禁止反证说”者认为,抽象危险犯是与具体危险犯对应且对立的概念。具体危险犯中的具体危险需要司法判断;与此相对,抽象危险犯是立法者依据对生活经验的大量观察,推定或者拟制某类行为对于特定法益具有典型危险,不允许司法判断。具体危险犯与抽象危险犯并非代表个案中的危险程度不同,而是代表立法方式不同。<sup>⑥</sup>如果允许对抽象危险犯进行反证,那么便与抽象危险犯的概念相抵触,不仅会导致抽象危险犯与具体危险犯相混同,而且会导致司法侵入立法领域。

虽然在传统的刑法学理论中抽象危险犯与具体危险犯是对应且对立的概念,但是刑法学理论对抽象危险犯的界定是否绝对正确值得质疑。倘若事实表明,那些所谓被立法者推定或者拟制为具有典型危险的行为,在某些情形下确实不存在任何危险,那么就表明“禁止反证说”存在疑问。

不可否认的是,一个行为究竟有无危险,首先应当由立法者进行判断。立法者决定是否将某种行为规定为犯罪时,首要的就是判断该行为是否侵害或者威胁了法益。<sup>⑦</sup>一个对法益没有任

<sup>①</sup> 团藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社,1990年)375頁;木村龜二(阿部純二増補)『刑法総論(増補版)』(有斐閣,1978年)170頁参照。

<sup>②</sup> Vgl.Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd.I, 5.Aufl.,C.H.Beck 2020,S.532;[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,《法治社会》2019年第4期。

<sup>③</sup> 陈兴良:《虚开增值税专用发票罪:性质与界定》,《政法论坛》2021年第4期。

<sup>④</sup> 熊亚文:《抽象危险犯:理论解构与教义限缩》,《中国刑事法杂志》2021年第5期。

<sup>⑤</sup> 姜文秀:《抽象危险犯不能反证的展开》,《法律适用》2023年第12期。

<sup>⑥</sup> 参见黄荣坚:《基础刑法学》(下),中国人民大学出版社2009年版,第383页。

<sup>⑦</sup> 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣,2018年)27頁参照。

何危险的行为,立法者不会将其规定为犯罪。一个行为在什么情形下才有危险,是由立法者首先进行判断的。如果立法者不能做出一般性判断,那么就会交给司法者根据具体情况进行判断。例如,在我国,使对象物燃烧的行为是否具有公共危险,立法者难以事先做出一般性判断,也难以通过描述行为的通常状况来确定哪些行为具有公共危险,于是我国刑法将放火罪规定为具体危险犯,交由司法者根据具体情况进行判断。反之,如果立法者认为自己能够做出一般性判断,能够通过描述构成要件的行为具有侵害法益的危险,那么就不会交由司法者根据具体情况进行判断。例如,前述《德国刑法》第306a条关于加重放火罪的规定便是如此。又如,《日本刑法》第108条规定:“放火烧毁现供人居住或者现有人在内的建筑物、火车、电车、船舰或者矿井的,处死刑、无期或者5年以上惩役”。于是,上述两条分别规定的加重放火罪与对现住建筑物等放火罪属于抽象危险犯。

问题是,立法者的判断是否完全准确?符合抽象危险犯构成要件的行为是否确实都存在立法者所预设的危险?答案是否定的。虽然立法者凭借一般生活经验,认为某些情形的存在会导致危险,但是经验有时并不可靠,因而导致立法判断并不准确。并且,即使承认抽象危险是法律推定或拟制的危险,也只是意味着相应的行为类型“一般而言包含着法益侵害的危险”,<sup>①</sup>并非所有的行为类型均包含危险。例如,德国学者针对《德国刑法》第306a条的规定指出,放火的行为人确切知道有人居住的房屋当时无人且相对孤立,进而放火烧毁该房屋时,该放火行为就不存在立法者所预设的危险,不能认定为放火罪。<sup>②</sup>这种观点在德国属于“占支配地位的理解”。<sup>③</sup>又如,虽然沙漠中的一间简易小屋现在供人居住,但是行为人在确认屋内无人后放火烧毁该小屋的,对此当今日本持通说者认为不存在公共危险,只能认定为故意毁坏财物罪,而不能认定为对现住建筑物放火罪。<sup>④</sup>

再以我国的虚开增值税专用发票罪为例。有学者指出,该罪是抽象危险犯,<sup>⑤</sup>刑法之所以处罚虚开增值税专用发票的行为,是因为该罪在客观上具有导致虚开的发票被人用于逃税或骗税所可能形成的使国家税款或财产遭受损失的危险。由于抽象危险犯不要求对现实案件有无危险进行具体的判断,因此只要虚开增值税专用发票的行为达到法定的定罪数额或其他标准,就应当定罪量刑。<sup>⑥</sup>可是,当行为人只是为了虚增公司业绩而虚开增值税专用发票,所虚开的发票并无抵扣联时,认为其在客观上具有导致虚开的发票被人用于逃税或骗税所可能形成的使国家税款或财产遭受损失的危险,恐怕是不符合事实的。

总之,行为人虽然实施了抽象危险犯的构成要件行为,但是在现实中却没有发生危险的情形是客观存在的。<sup>⑦</sup>这就表明立法者对抽象危险犯的立法预设至少有一部分并不准确,或者说不

① [日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第109页。

② Vgl.Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 1969, S.18.

③ Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5 Aufl., Duncker & Humblot 1996. S.264.

④ 内田文昭『刑法各論(第3版)』(青林書院,1996年)442頁参照。

⑤ 笔者以前也认为该罪是抽象危险犯,但现在认为该罪是实害犯。参见张明楷:《论虚开增值税专用发票罪的构造》,《清华法学》2024年第4期。

⑥ 参见周铭川:《论虚开增值税专用发票罪的抽象危险犯本质——兼与陈兴良教授和张明楷教授商榷》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第1期。

⑦ 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会,1982年)210頁参照。

符合部分特殊案件事实。对于这种情形,就应当通过司法判断来解决。

反对就抽象危险进行司法判断的论者认为,即使存在立法预设不符合客观事实的情形,但由于抽象危险犯中的危险只是处罚的根据,而不是构成要件要素,对危险的预防只是立法者的动机,危险的发生是由立法者推定或者拟制的,而法律推定或者拟制是不可以被推翻的,故仍然不能进行司法判断。<sup>①</sup>

虽然司法必然受法律的束缚,立法具有超越司法的等级优越性,<sup>②</sup>但是这并不意味着司法只能机械地遵从立法的字面含义。换言之,虽然立法是理性的行动,但是立法内容未必全然正确,立法语言未必十分准确,因此,必须允许法官立足于法条的实质精神或规范目的来解读法律的真实含义。<sup>③</sup>刑法保护法益与保障自由的任务是由立法与司法共同完成的,在立法预设不准确的情况下,需要司法承担起保障国民自由的任务。以立法者认为存在普遍的、通常的危险为由,将客观上没有危险的行为当作抽象危险犯处理,其实是将立法预设的缺陷转嫁给被告人,使其遭受刑罚处罚。这从表面看是对立法至上的推崇,其实质则是对立法缺陷的放任,更是对刑法机能的损害。

成文刑法是正义的文字表述,机械司法不可能使国民感受刑法的公平正义。对于国民而言,“法律不是靠明确的条文来表现,而是在一个个案件的判决中清晰地展示出来”。<sup>④</sup>国民会以正义感判断司法判决合理与否,进而评价刑法条文是否体现正义。“公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线。”<sup>⑤</sup>按法条的字面含义作出与客观事实相偏离的司法判决,不可能被国民接受。只要立法者认为某个行为有危险,司法者就必须认定该行为有危险,这一观念和做法与社会生活事实不相符合,也违背实质正义的要求。因此,为了实现实质正义,司法人员不可避免地需要立足于刑法条文的规范目的与实质内涵,并根据案件的客观事实做出合理的司法判断。既然立法的推定或拟制存在某种缺陷,那么司法就应当通过合理的解释与判断弥补这一缺陷,从而使人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

就抽象危险犯而言,既然承认抽象危险是处罚根据,对危险的预防是立法者的动机,那么只有当抽象危险现实地发生并在司法中得到承认时,才能当作抽象危险犯处理;否则,就意味着刑法处罚在现实中不具备处罚根据,缺乏正当化的基础。<sup>⑥</sup>诚然,刑法没有将危险规定为抽象危险犯的构成要件要素,但司法并非只是从形式上判断具体案件是否存在与构成要件要素相对应的事实,而是要进一步判断行为实质上是否值得科处刑罚。因此,不能以危险不是构成要件要素为由,否认对危险的司法判断。

应当承认的是,如果将抽象危险犯与具体危险犯视为对应且对立的关系,在肯定对具体危险犯需要进行司法判断的同时,提出对抽象危险犯也需要进行司法判断,那么就可能导致两者概念

① 团藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社,1990年)375頁;木村龜二(阿部純二増補)『刑法総論(増補版)』(有斐閣,1978年)170頁参照。

② 参见[德]尼可拉斯·卢曼:《法院在法律系统中的地位》,陆宇峰译,载高鸿钧、於兴中主编:《清华法治论衡》(第12辑),清华大学出版社2009年版,第125页。

③ 参见劳东燕:《刑法体系中立法与司法的关系重构》,《法律科学》(西北政法大学学报)2024年第2期。

④ [美]安东尼·刘易斯:《言论的边界:美国宪法第一修正案简史》,徐爽译,法律出版社2010年版,第3页。

⑤ 习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第22页。

⑥ 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会,1982年)207頁参照。

的混同,或者使抽象危险犯均成为具体危险犯。但是,不能为了维持这两个概念的对应且对立的关系,就否认对抽象危险犯的司法判断。随着社会生活事实日新月异的变化,刑事立法越来越活性化,抽象危险犯的设置也越来越多。事实上,我国刑法中的抽象危险犯存在接近实害型、紧迫危险型、普通型、累积型与预备型等类型。<sup>①</sup> 这些不同类型的抽象危险犯有一个共同点,即立法者在法条中没有描述具体的实害结果与危险,但这并不意味着对抽象危险犯中的危险都不需要进行司法判断。换言之,如果认为具体危险犯是需要进行司法判断的犯罪,那么在抽象危险犯中不需要进行司法判断(不允许反证)的类型是与具体危险犯对应且对立的,在抽象危险犯中需要进行司法判断的类型则不与具体危险犯形成对应且对立的关系。如果进行司法判断能使抽象危险犯的处罚范围更加合理,那么就表明以往对抽象危险犯的界定存在疑问,而不能为了维持抽象危险犯与具体危险犯的关系,否认司法判断的合理性。概言之,刑法学为了适应不断变化的社会生活事实,不可避免地要推翻或者修正以往的一些基本概念或基本定义。因此,笔者并不主张以传统的定义为根据审视抽象危险犯与具体危险犯的关系,而是主张以抽象危险犯的真实面貌为根据,决定哪些情形需要进行司法判断,哪些情形不需要进行司法判断。

况且,即使认为对抽象危险犯需要进行司法判断,也不会使之与具体危险犯相混同。例如,具体危险与实害一样,是成文的、独立于行为(包括行为的手段、状况等)要素之外的构成要件要素,但抽象危险不是独立于行为要素之外的构成要件要素;具体危险犯中的危险均为比较紧迫的或高度的危险,而抽象危险犯中的危险则存在不同的程度,其最低限度是一般的危险;<sup>②</sup>具体危险是司法机关在任何一个具体案件中都必须证明的,而抽象危险则并非如此。此外,具体危险是故意的认识内容,而抽象危险则不一定是故意的认识内容。<sup>③</sup>

综上所述,“禁止反证说”的核心理由不能令人信服。除此之外,“禁止反证说”的其他一些理由也难以成立。

理由之一:抽象危险犯是行为犯,只要行为人实施了构成要件行为就构成既遂,不需要对抽象危险进行司法判断。例如,有学者指出:“至于抽象危险犯,其条文文字规定并非以致生危险为要件,而是和其他行为犯一样,仅以一定之行为为要件……在一般的理解上,这一些行为之所以被规定出来,是因为立法者认为这些行为普遍的具有危险性。……因此法官在做个案审理的时候,也只要审查行为人的行为是否该当法条所规定的行为要件,而不必审查个案事实中是否真出现所谓危险结果”。<sup>④</sup>

显然,上述学者所称的行为犯,是指只要有行为就既遂的犯罪。但是,这样的行为犯观念,不能说明立法者为什么将某种行为规定为犯罪。事实上,行为犯并不是只要有行为就构成既遂的犯罪,而是行为与结果同时发生的犯罪。<sup>⑤</sup> 例如,“伪证罪也并不是处罚行为本身,而是因为行为发生了误导审判的危险状态才受处罚。侵入住宅罪也是行为犯,但这种场合也是因为侵入住宅

<sup>①</sup> 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023年第1期。

<sup>②</sup> 参见徐彬喆:《抽象危险犯反证的理论证成》,《现代法学》2024年第5期。

<sup>③</sup> 木村龜二(阿部純二增補)『刑法總論(增補版)』(有斐閣,1978年)170頁參照。当然,抽象危险是否故意的认识内容,还值得做进一步的研究。

<sup>④</sup> 黄荣坚:《基础刑法学》(下),中国人民大学出版社2009年版,第383页。

<sup>⑤</sup> Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S. 429.

的行为直接造成了住宅权受侵害才处罚”。<sup>①</sup>显然,行为犯可能是实害犯。事实上,抽象危险犯既可能是行为犯,也可能是结果犯。例如,虽然盗窃枪支罪是抽象危险犯(因为成立盗窃枪支罪并不要求行为造成不特定或者多数人的伤亡结果与具体危险),但是盗窃枪支罪对行为对象仍然存在结果,亦即,将他人占有的枪支转移为自己或者第三者占有。如果已经着手实行盗窃,但由于意志以外的原因而未能转移枪支的占有,即未对行为对象造成结果,那么仅成立盗窃枪支罪的未遂犯。然而,即使行为人窃取枪支既遂,也只是对公共安全产生了抽象危险,而不意味着对公共安全造成了实害或具体危险。<sup>②</sup>因此,盗窃枪支罪既是结果犯,也是抽象危险犯。既然抽象危险犯与行为犯不是等同含义,那么上述否认对抽象危险进行司法判断的理由便难以成立。

还有学者指出:“抽象危险属于‘作为行为的危险’决定了对抽象危险犯之抽象危险不能进行反证。因为,在抽象危险犯的场所,事实上并未产生可与行为本身相分离的结果。在抽象危险与实害结果之间并不存在一个外在于行为之外的、可以加以具体判断的危险结果这一阶段。所以,抽象危险犯的危险是蕴于行为之中的,行为本身的实施即表明了危险的存在。这就决定了在确认行为人已经实施了行为的前提下,不可能通过反证证明危险不存在,从而否定抽象危险犯的成立。”<sup>③</sup>暂且不论抽象危险是否仅有“作为行为的危险”,既然认为抽象危险属于“作为行为的危险”,那么就意味着刑法对抽象危险犯的行为有实质要求,如果在具体案件中危险并没有蕴于行为之中,那么就表明该行为不是符合构成要件的行为,当然不能以抽象危险犯论处。而危险是否蕴于行为之中,并不是只要有立法推定或者拟制即可,同样需要进行司法判断;否则,就会导致刑事司法将并无“作为行为的危险”的情形,当作“有行为的危险”的情形来处理。

理由之二:如果允许对抽象危险进行反证,进而认为某个具体案件的行为并不存在危险,那么就意味着此前刑法将尚未确定有无危险的行为规定为犯罪,并在刑事诉讼中将证明个案有无危险的举证责任倒置给被告人,这样的做法违反事实存疑时有利于被告人的原则。<sup>④</sup>“根据无罪推定原则,只要是属于构成犯罪的要素,均应当由控方承担举证责任。细言之,不成文的构成要件要素抑或是实行行为本身要素的存在与否,都不能要求由被告进行反证。”<sup>⑤</sup>“不允许控方将不构成犯罪的证明责任推给被告方,这是法治国家在人权保障和法益保护的冲突之间应该做出的有担当的选择。”<sup>⑥</sup>

然而,上述观点其实是通过禁止反证来掩盖刑法将尚未确定有无危险(在少数情形下确实无危险)的行为规定为犯罪的客观事实。与“禁止反证说”相比,“允许反证说”无疑对被告人更有

① 平野龍一「刑法總論 II(有斐閣,1972年)117—118頁。

② 参见张明楷:《论刑法中的结果》,《现代法学》2023年第1期。

③ 王志祥、黄云波:《论法定量模式下抽象危险犯处罚之司法正当性》,《法律科学》(西北政法大学学报)2016年第3期。

④ Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl., C. H. Beck, 2020, S. 532; 黎宏:《论抽象危险犯危险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。

⑤ 王俊:《销售无害违规药品行为的出罪机制重构——以违法性认识为视角的分析》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2021年第4期。

⑥ 杜小丽:《抽象危险犯形态法定犯的出罪机制——以生产销售假药罪和生产销售有毒有害食品罪为切入》,《政治与法律》2016年第12期。

利。因为“禁止反证说”导致客观上没有造成危险的行为也被认定为抽象危险犯,而“允许反证说”则能够将这部分行为排除在犯罪之外。即使认为只能允许被告人反证,被告人的反证便可能被司法机关采纳,从而否定抽象危险犯的成立;倘若不允许被告人反证,则意味着即使行为没有危险,也必须认定为抽象危险犯。所以,从结局看,允许反证是有利于被告人的,而非不利于被告人。虽然任何构成要件要素都不能要求被告人反证,但是司法人员声称或认定一个事实上毫无危险的行为有危险且不允许被告人反证的做法,明显是对被告人权利与自由的侵害。况且,现行《中华人民共和国刑事诉讼法》第52条明确规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”既然如此,对抽象危险的司法判断就并不限于被告人的反证,而是包括公安司法机关的司法判断。

理由之三:允许对抽象危险进行反证,会加重司法机关的负担。例如,有学者指出:“在这一社会(指现代风险社会——引者注)背景下,考虑到风险发展的不可预测性与不确定性,及其可能引发的灾难性后果……立法者选择立法的拟制或者推定,简化对危险的证明程序,本来就是因为某种行为是否产生危险或者损害结果都难以认定,所以希望通过抽象危险犯对风险进行源头控制。在具体案件中,如果允许犯罪嫌疑人或者法官提起反证,主张危险并不存在,法官对这一主张将无法决断,根据‘疑罪从无原则’或‘存疑时有利于被告原则’,就不应认定被告人有罪。但如此一来,抽象危险犯在司法实践中将面临全面崩溃”。<sup>①</sup>其实,抽象危险犯并非现代风险社会的产物,在古代刑法中就存在诸多抽象危险犯。<sup>②</sup>并且,如前所述,抽象危险犯存在不同的类型,难以认为抽象危险犯的设立都是为了对风险进行源头控制。此外,刑法的机能是保护法益与保障自由。如果处罚对法益没有任何危险的行为,那么既没有保护法益,也没有保障自由。不能为了减轻司法负担而将不值得科处刑罚的行为认定为犯罪,也不能为了实现对风险的控制就简化证明程序。只要是司法机关应当负担的,司法机关就必须负担,而不能认为加重了司法机关的负担,更不能牺牲实体的正当性来减轻司法机关的负担。况且,主张对抽象危险犯可以进行反证,并不是指对任何案件的抽象危险都需要进行反证,只是针对立法预设不准确(或不符合立法预设)的情形就少数特殊案件进行反证,不可能存在抽象危险犯在司法实践中面临全面崩溃的问题。

不可否认的是,如果允许对抽象危险犯进行反证,那么就会缩小抽象危险犯的处罚范围。尽管如此,也难以认为这样的做法会导致对抽象危险犯的处罚漏洞,更不能认为这样的做法损害了刑法规范的权威性。正如有学者所言:“在相当程度上,抽象危险犯是一种罗织,透显立法者的霸气,是把刑罚的防卫线向前与向外的扩张。正因如此,立法上设计抽象危险犯,司法上解释抽象危险犯,都需谨慎。”<sup>③</sup>从此种意义上说,即使因为反证而导致对抽象危险犯形成部分处罚漏洞,也不是什么缺陷。

事实上,持“禁止反证说”的学者也主张对抽象危险犯进行实质判断,即“通过对行为的结果、时间、地点、方法、对象等因素的考察,通过对行为社会危害性程度的判断,对抽象危险犯的处罚

<sup>①</sup> 王志祥、黄云波:《论法定量模式下抽象危险犯处罚之司法正当性》,《法律科学》(西北政法大学学报)2016年第3期。

<sup>②</sup> 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023年第1期。

<sup>③</sup> 林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第51页。

范围进行合理限制”。<sup>①</sup> 笔者认为,这种观点实质上肯定了对抽象危险犯的司法判断,并且,“对行为的结果、时间、地点、方法、对象等因素的考察”同样加重了司法机关的负担。既然允许司法机关进行判断,那么就意味着允许对危险进行反证。

由上可见,“形式说”或“禁止反证说”难以成立。笔者持“实质说”。虽然行为在形式上符合抽象危险犯的构成要件,但是如果没有引起危险,那么就不能成立抽象危险犯。持“实质说”者一般采取“允许反证说”,<sup>②</sup>赞成对作为抽象危险犯处罚根据的抽象危险进行司法判断。<sup>③</sup> 亦即,在具体案件中应当允许判断抽象危险的有无,如果被告人能够证明自己的行为没有造成抽象危险,或者司法人员的判断结论是不存在抽象危险,那么就不得适用抽象危险犯的规定。

“允许反证说”的核心理由是,犯罪的本质是侵犯法益,既然对法益的抽象危险是抽象危险犯的处罚根据,那么只有当具体案件中存在这种抽象危险时,才能将行为以抽象危险犯进行处罚;否则,就意味着处罚缺乏根据。虽然立法机关所推定或者拟制的危险大多是准确的,但是也存在例外情形,在这些例外情形下,就应当允许反证。<sup>④</sup> 笔者对这一核心理由持肯定态度。

此外,对于抽象危险犯中的危险是立法拟制的危险还是推定的危险,刑法学界存在不同的观点。有学者认为,抽象危险犯的危险是立法拟制的危险,不允许进行反证。<sup>⑤</sup> 也有学者认为:“抽象危险犯中仍有结果,此结果为具体危险结果,而之所以不以具体危险结果为构成要件,是因为抽象危险犯的构成要件推定具体危险结果的存在。行为人只要从事抽象危险犯所描述的行为模式,就直接推定有具体结果发生,但既然是推定,就容许以反证推翻。”<sup>⑥</sup> 简言之,“由于抽象危险犯中的危险是推定的危险而非拟制的危险,因此应当允许反证危险不存在而出罪”。<sup>⑦</sup> 其实,区分立法推定与立法拟制是困难的,不管抽象危险是拟制的危险还是推定的危险,都可谓立法预设的危险;通过区分立法推定与立法拟制,进而否认抽象危险是一种立法拟制因而可以反证,只不过是解释者的一种设定。如果认为抽象危险是行为对法益造成的一种状态(结果),那么在立法技术上无论是采用推定还是采用拟制,抽象危险都必须是实质上对法益造成的可以判断的危险状态。<sup>⑧</sup> 如果认为抽象危险不是行为造成的一种状态(结果),那么在立法技术上无论是采用推定还是采用拟制,都是不可以反驳的。简言之,就抽象危险而言,拟制与推定的区分欠缺说服力。<sup>⑨</sup>

① 王志祥、黄云波:《论法定定量模式下抽象危险犯处罚之司法正当性》,《法律科学》(西北政法大学学报)2016年第3期。

② 如后所述,也有一些学者主张对抽象危险犯的构成要件进行实质解释,但不赞成采用反证的方法。

③ 謝煜偉『抽象的危险犯論の新展開』(弘文堂,2012年)33頁以下参照。

④ Vgl. Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 1969, S.18; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S.264; 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法總論(第3版)』(弘文堂,2018年)89頁;山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会,1982年)251頁以下参照。

⑤ 参见陈兴良:《虚开增值税专用发票罪:性质与界定》,《政法论坛》2021年第4期。

⑥ 周漾沂:《重新理解抽象危险犯的处罚基础——以安全性理论为中心》,《台北大学法学论丛》2019年第109期。

⑦ 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。

⑧ Vgl. Schröder, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte, JZ 1967, S. 520f.

⑨ 即使区分二者,人们同样可能认为立法推定是不能反驳的。例如,只要年满16周岁且没有患精神病,在刑法上就是有辨认能力与控制能力的行为主体,不管这是立法拟制还是立法推定,都是不可反驳的。

总之,解释者虽然可以假定立法者是理性的,但是不能假定立法者是全能的。立法者所预设的抽象危险虽然是一种类型化或者常态化的存在,但是不排除存在例外情形。抽象危险犯存在不同的类型,其中只有部分情形与具体危险犯是对应且对立的关系,不能为了维护抽象危险犯与具体危险犯的传统定义及其关系,就否认对抽象危险犯进行司法判断的必要性。

## 二、允许反证的基本性质

构成要件是判断违法类型的依据,对所有犯罪的构成要件都需要进行实质解释。对抽象危险犯的实质解释就是要使符合构成要件的行为具有作为处罚根据的抽象危险。那么,允许反证与对构成要件进行(限缩性)实质解释、对违法性(法益侵害及其危险)的实质判断是什么关系?仔细梳理就会发现,学界对此存在不同的观点。

持第一种观点的学者虽然采取“实质说”,但是并不赞成对抽象危险进行反证,而是主张对抽象危险犯的构成要件进行实质判断,对抽象危险进行间接判断。例如,有学者指出:“只能通过分析抽象危险犯的法条规定,根据其背后所蕴含的实质内容,从一般生活经验出发,考察‘有无足以侵害法益的法定行为事实’,从而间接地判断是否存在值得刑法处罚的抽象危险。这样,才能既符合抽象危险犯属于危险犯的特性,又能避免‘允许反证说’所引起的举证责任转移的问题;既符合我国刑法第13条的要求,又能对抽象危险犯的处罚范围进行合理限定”。<sup>①</sup>

但是,为什么只能“间接地判断是否存在值得刑法处罚的抽象危险”,而不能直接基于案件事实否认行为存在抽象危险,还存在疑问。并且,如果只是判断“有无足以侵害法益的法定行为事实”,容易导致具有法定行为事实的行为均成立抽象危险犯的结果。此外,持上述观点的学者之所以不赞成允许反证,是因为他们认为允许反证会导致举证责任转移。但是,如前所述,允许反证不仅不会给被告人带来不利,相反会给被告人带来好处。

持第二种观点者既强调实质解释,也不反对允许反证。例如,有学者指出:“将没有任何危险的行为认定为危险犯,进而给予刑罚处罚,违反了刑法处罚危险犯的本质。……只不过对抽象危险的判断方法不需要像具体危险犯那样进行具体认定,而只需进行一般性的、类型性的判断……就是原则上行为人只要实施了构成要件的行为,即可推定为具有了法益侵害的抽象危险,除非有相反的情况才可以例外”。<sup>②</sup>换言之,“抽象危险犯场合法益侵害的危险具有一般性、类型特征的同时,也具有例外被反证、推翻的属性,所以,虽然不能否认一般情况下,只要行为人醉酒驾驶机动车在道路上行使,就具有了严重社会危害性,从而排除‘但书’的适用。但由于例外情况的存在,这就使得‘但书’在抽象危险犯中具有了适用的余地”。<sup>③</sup>

上述观点的核心是利用现行《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第13条“但书”的规定限制抽象危险犯的成立范围,强调“但书”在抽象危险犯中的适用。可是,不管对“但书”是采用

<sup>①</sup> 黎宏:《论抽象危险犯危险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。

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 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。

“限制入罪条件说”还是采用“出罪标准说”，“但书”都适用于所有犯罪。若以情节显著轻微危害不大为由将不具有危险的行为排除在抽象危险犯之外，则未能揭示抽象危险犯自身的特点。况且，不少抽象危险犯是严重的犯罪(如非法制造枪支、弹药罪、伪造货币罪等)，在司法实践中基本不可能以“但书”为根据宣告无罪。

持第三种观点者虽然主张对抽象危险进行反证，但是其所举之例基本属于对构成要件的实质解释。有学者指出，对包括危险犯在内的所有犯罪都应作实质化的理解，应当允许反证危险不存在而出罪。例如，伪造货币罪是抽象危险犯，行为人故意完成伪造货币的行为，但下列情形不具有危害货币公共信用的危险：(1)行为人根本没有将伪造的货币用于流通的意图；(2)行为人伪造的货币数量很小；(3)行为人伪造的货币与真币的相似度较低，完全不可能被人们误认为是货币。因此，只有当行为人具有将伪造的货币用于流通的目的，同时在此目的支配下伪造了一定数量的在外观上足以使一般人误认为是真“货币”，或者实施直接制造货币版样及为他人伪造货币提供版样等行为，才能够认定该行为对货币公共信用具有危险。<sup>①</sup>

在笔者看来，以上所谓不具有抽象危险的情形，其实都是不符合伪造货币罪构成要件(包括所谓主观的构成要件要素)的情形。例如，如果行为人伪造的东西完全不可能被人们误认为是货币，那么就不符合伪造货币罪的构成要件。既然不符合构成要件，那么就当然不构成犯罪，不存在通过反证否认犯罪成立的问题。至于要求伪造的货币数量较大，只是司法解释根据现行《刑法》第13条“但书”的精神所作的限制。此外，持上述观点的学者指出：“从与部分实害犯的整合关系看应该允许抽象危险犯反证。事实上，实害犯大多是根据行为来推定损害的。由于推定实害结果的存在只是为了便宜行事而非一个绝对可靠的认定，因此理论上允许用反证来推翻该推定，并进而推翻其既遂犯罪的构成”。<sup>②</sup> 其实，实害犯的实害结果是独立于行为之外的构成要件要素，是必须由证据证明并且能够归属于行为的结果，而不是推定出来的结果。如果已经证明是行为造成的实害结果，那么就不可能通过反证来推翻这一结论。如果可以推翻这一结论，那么就表明该实害结果原本就没有得到证明或者原本就不是行为造成的。

持第四种观点者认为，允许反证与对构成要件进行实质判断可以并行不悖。例如，有学者指出：“通过反证可能引起实害型法益侵害结果的抽象危险并不实际存在，而阻却构成要件符合性从而使得使抽象危险犯得以出罪的方法，只是抽象危险犯出罪路径的一种而已，并非唯一路径。即使这一路径未能被证成，抽象危险犯依然存在其他的出罪路径”。<sup>③</sup> 所谓其他出罪路径，是指“对客观构成要件中实行行为的各具体要素进行实质意义上的目的性限缩解释”。<sup>④</sup>

持上述观点的学者没有明确表示反对允许反证，同时认为抽象危险不能直接构成反证方法的证否对象，主张反证方法的直接作用对象应由抽象危险转移到实行行为，即对实行行为进行实质的、目的性限缩解释。这部分学者似乎区分了反证与实质解释，但侧重于从抽象危险犯的出罪路径展开说明。然而，是否允许反证抽象危险不存在，恰恰涉及应否推翻抽象危险犯的传统定义问题，而不是单纯的如何出罪问题。

<sup>①</sup> 参见付立庆：《应否允许抽象危险犯反证问题研究》，《法商研究》2013年第6期。

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 融昊：《由反证到解释：抽象危险反证理论的省思与匡正》，《政治与法律》2023年第9期。

<sup>④</sup> 融昊：《由反证到解释：抽象危险反证理论的省思与匡正》，《政治与法律》2023年第9期。

对构成要件的实质解释,意味着以保护法益为指导,使符合构成要件的行为具有值得科处刑罚的法益侵害性,从而将没有侵犯法益或者侵犯程度较轻的行为排除在构成要件之外。<sup>①</sup>对构成要件进行实质解释不是推翻立法推定或者拟制,而是将构成要件作为违法类型进行解释,这种实质解释通常是事前就可以做出的。亦即,即使没有面临任何具体案件,也可以对构成要件进行实质解释。

“反证”主要是针对某种推定或者拟制而言的,而不是针对由证据证明的事实而言的。正因为持传统观点者认为抽象危险是一种立法推定或者拟制,且认为立法推定或者拟制不允许被司法推翻,才使得反证不同于对构成要件进行的实质解释。

显然,若只要对抽象危险犯的构成要件进行实质解释,就能确保抽象危险犯处罚范围的合理性,则不需要使用反证这一手段。笔者认为,反证应是在对构成要件进行实质解释之后,在例外情形下需要采用的一种手段,对构成要件进行实质解释与反证的确可以并行不悖。

构成要件符合性的判断,以构成要件为大前提,以案件事实为小前提。对构成要件的实质解释侧重于对刑法规范的解释,反证则侧重于对案件事实的实质判断。因此,对构成要件进行实质解释与反证存在差别。亦即,当解释者以保护法益为指导,对某个抽象危险犯的构成要件进行实质解释后,该具有实质内容的构成要件便成为刑法适用的大前提而具有相对稳定性,不会因为具体案件事实的不同而变化。<sup>②</sup>由于构成要件是违法类型,因此符合构成要件的行为通常具有实质违法性。但是,不排除在例外情形下,即使案件事实符合事先确定的具有实质内容的构成要件,也能证明该行为缺乏作为处罚根据的危险。这便是反证。

例如,根据现行《刑法》第312条的规定,明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的,构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(以下简称“赃物罪”)。如果“赃物罪”侵犯的法益是司法活动的顺利进行,那么以此法益为指导对“犯罪所得及其产生的收益”以及各种“掩饰、隐瞒”行为进行实质解释,就并非对抽象危险的反证。在对“赃物罪”的所有构成要件要素做出实质解释后,对具备所有构成要件要素的行为提出并不存在妨碍司法活动顺利进行的危险,才是对抽象危险本身的反证。例如,丙在自己的网络域名被盗后立即报案,公安机关一直未能破案。甲明知该网络域名是乙盗窃所得,却以自己的名义将该网络域名挂在万维网上代为销售,从而使得公安机关迅速破案。虽然甲的行为符合“赃物罪”的构成要件,但是由于其行为例外地帮助了司法活动的顺利进行,并不存在立法预设的危险,因而不能将之认定为“赃物罪”。这种情形便是反证。

又如,如果认为将现行《刑法》第133条之一规定的“在道路上”解释为“在供机动车行驶的公共道路上”就是对构成要件的实质解释,那么甲在醉酒后在公共道路上驾驶机动车的行为,就符合经过实质解释的构成要件。司法人员以实施驾驶行为时道路上没有其他机动车与行人为由,得出甲的行为不存在危险的结论,则是反证。如果认为将现行《刑法》第133条之一的“在道路上”限制解释为“在有其他机动车或行人的道路上”才是对构成要件的实质解释,那么乙在有其他机动车或行人的道路上醉酒驾驶机动车的行为,就符合经过实质解释的构成要件。司法人员以

<sup>①</sup> 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

<sup>②</sup> 当然,如果某个案件事实会迫使人们对构成要件进行新的解释,那么是另一回事。但在对构成要件进行新的解释之后,新的构成要件内容也是相对稳定的。

行为人具有特殊体质使得其体内酒精含量的高低不影响其控制能力为由,得出乙的行为不存在危险的结论,则是反证(当然是否允许这类反证则是另外一回事)。不难看出,越是对构成要件进行限缩性实质解释,反证的空间就越小。

概言之,根据保护法益对抽象危险犯的构成要件进行实质解释,并不是司法判断意义上的反证。对构成要件进行实质解释是第一步,并且对所有的抽象危险犯都应当进行实质解释。由于进行实质解释后,符合构成要件的行为通常具有实质的违法性,因此接下来的反证则是例外情形。对构成要件进行实质解释适用于所有的抽象危险犯,但反证仅适用于抽象危险犯的例外情形。至于这种例外反证的成立是阻却违法还是阻却构成要件符合性,则是下文所要讨论的问题。

### 三、允许反证的体系地位

如上所述,反证是针对“符合构成要件的行为”进行的反证。那么,反证的成立究竟是否否认行为的构成要件符合性还是否认行为的(可罚的)违法性?对此,学界存在多种学说。

第一种学说可谓“违法要素说”。亦即,构成要件只是行为类型,不能推定行为的违法性,对于构成要件符合性与作为犯罪处罚根据的违法性应当独立判断。据此,抽象危险犯中的危险属于违法要素。例如,就《日本刑法》第108条规定的对现住建筑物等放火罪而言,行为必须符合该罪的构成要件,但仅此还不构成对现住建筑物放火罪,还需要发生公共危险;但对现住建筑物等放火罪预定的公共危险,属于违法性有无的判断。<sup>①</sup>

笔者难以赞成上述学说。因为对构成要件采取“行为类型说”,不能说明立法者为什么要将某种行为类型化为构成要件行为。事实上刑法总是将值得科处刑罚的犯罪行为类型化为构成要件,故构成要件不可能是价值中性的概念。“符合构成要件的行为,在价值上无疑并非是中性的。”<sup>②</sup>换言之,由于立法者认为一定类型的行为具有当罚性才制定刑罚法规,因此构成要件是当罚行为的类型。既然如此,立法者在描述构成要件时,“必须将为犯罪行为的实质的不法内容奠定基础的要素纳入构成要件”。<sup>③</sup>若构成要件不能说明行为的违法性,而刑法又没有规定积极的违法要素,只是规定了违法性阻却事由,却需要在违法性阶层积极地判断违法性的有无,那么就会导致违法性判断的恣意性。

第二种学说可谓“构成要件要素说”。例如,有学者指出:“法益侵害的危险同样应当是抽象危险犯构成要件(犯罪成立)的要素。……既然抽象危险犯场合,危险仍然是独立于行为的犯罪成立要素,行为和危险不是完全一体的,在很大程度上仍然是分离的”。<sup>④</sup>还有学者指出:“在抽象危险犯的场合法益侵害的危险仍然属于构成要件要素。……如果不将抽象危险理解为构成要件要素,那么就意味着只要实施法条规定为抽象危险犯的相应行为就符合构成要件,而不问事实

<sup>①</sup> 内田文昭『刑法概論上卷[基础理论·犯罪论(1)]』(青林書院,1995年)39頁以下;曾根威彦『刑法各論(第5版)』(成文堂,2012年)215頁参照。

<sup>②</sup> [德]冈特·施特拉腾韦特、[德]洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第80页。

<sup>③</sup> Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S.245.

<sup>④</sup> 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。

上是否存在法益侵害的危险,这就使得抽象危险犯的处罚范围与行为犯完全等同。……既然称为抽象‘危险’犯,那么危险的存在就是必备的构成要件要素(属于不成文的构成要件要素)……构成要件是可罚的违法类型,因此,欠缺抽象危险的行为就不仅仅是欠缺违法性,而是已然欠缺构成要件该当性。”<sup>①</sup>按照这种学说,法益侵害的危险是所有抽象危险犯不成文的构成要件要素。但笔者对此存在疑问。一方面,刑法分则规定了大量的抽象危险犯,为什么对这些抽象危险犯都省略规定“危险”这一独立于行为的构成要件要素,这恐怕是难以回答的。不能不承认的是,立法者没有对抽象危险犯规定“危险”这一要素,并不是对该要素的省略或忽略,而是因为对抽象危险犯构成要件规定的立法预设通常包含“危险”这一要素,所以不再规定该要素。另一方面,如前所述,持上述观点的学者同时认为,抽象危险是可以例外被反证的。可是,如果说抽象危险犯中的危险是构成要件要素的话,那么就应要求司法机关积极证明。如果没有证明,那么就表明缺少构成要件要素;如果已经证明,那么就不可能反证或者反证是没有意义的。因此,认为抽象危险犯中的“危险”是构成要件要素,不要求积极证明却主张可以反证,似乎有自相矛盾之嫌。

第三种学说可谓“两阶层说”。亦即,对于抽象危险犯的克制型实质解释,需要在构成要件符合性阶层对其抽象危险进行存在性判断,在违法性阶层根据现行《刑法》第13条“但书”的规定,对其不法属性进行程度性判断。<sup>②</sup>据此,在构成要件符合性阶段,只是判断行为是否存在危险;在违法性阶段,只是判断行为的危险是否达到可罚的程度。这一学说显然是以“可罚的违法性”概念为前提的。

笔者难以接受这种学说。其一,可罚的违法性是一个不必要的概念。因为刑法上的违法性是判断行为是否值得处罚的要件,所以具有刑法上的违法性也就具有值得科处刑罚的违法性,没有必要再使用可罚的违法性概念。此外,只要对构成要件进行实质的解释,可罚的违法性概念就是多余的。<sup>③</sup>其二,承认构成要件是违法类型,是指符合构成要件的行为通常具有刑法上的违法性,而不是仅具有一般意义上的违法性;否则,就意味着刑法规定的犯罪构成要件与我国治安管理处罚法规定的行政违法的构成要件的实质相同。这是难以被接受的。其三,刑法分则并没有在构成要件之外规定表明违法性的独立要素,在违法性阶层判断违法性的程度,缺乏法定的判断资料与判断标准,容易导致违法性程度判断的恣意性。

第四种学说可谓“构成要件要素危险内化说”。亦即,抽象危险犯中的危险虽然不是独立的构成要件要素,但是内化于构成要件行为或者状况中,如果没有发生危险,那么行为就不符合构成要件。例如,日本有学者指出:“尽管行为人实施了行为,但在行为对法益的低度危险都不能认定的例外场合,由于作为该抽象危险犯的前提的构成要件的状况并没有满足,就应当否认构成要件符合性。例如,在烧毁沙漠中的一间屋的场合,认定为损坏建筑物罪另当别论,但不能认定为放火罪(第108条、第109条第1项)。就违反限制速度等道路交通法上的犯罪而言,也是如此”。<sup>④</sup>“根据构成要件要素危险内在说,要从是否发生了对现住建筑物等放火罪所预定的公共

① 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。

② 参见融昊:《由反证到解释:抽象危险反证理论的省思与匡正》,《政治与法律》2023年第9期。

③ 前田雅英『可罰の違法性論の研究』(東京大学出版会,1982年)431頁以下参照。

④ 町野朔『刑法総論』(信山社,2019年)121-122頁。

危险的观点来判断行为是否充足‘放火烧毁现住建筑物等’各种构成要件要素。”<sup>①</sup>如果在具体案件中并不存在立法预定的公共危险,那么可以否认行为符合放火罪的构成要件。

这一学说具有合理性,但似乎不能反映抽象危险犯的特点。因为对于所有的犯罪而言,解释者都要以保护法益为指导解释其构成要件,同时以法益是否受到侵犯为指导判断具体案件事实是否符合构成要件。

笔者坚持构成要件是违法类型的观念。不管是实害犯、具体危险犯还是抽象危险犯,构成要件都必须表明行为对法益造成了实害、具体危险或抽象危险。构成要件符合性的判断通常都是正面的类型判断。就实害犯与具体危险犯而言,在对构成要件符合性的正面判断得出肯定结论之后,由于已经证明实害与具体危险的存在,因此便直接进入是否存在违法阻却事由的判断。在这种情形下,对构成要件符合性不需要进行另外的判断。因为所有的构成要件要素,不管是成文的要素还是不成文的要素,都是需要证明的要素。既然已经得到证明,那么就不可能再否认构成要件符合性,只能进行下一步的有无违法阻却事由的判断。

抽象危险犯的危险虽然内化于构成要件要素之中,而不是独立于构成要件要素之外,但是应当承认,所谓内化于构成要件要素之中是由立法预设的,并且立法预设的危险通常或者大体上都是真实的,只有在少数情形下不真实。因此,对抽象危险犯构成要件符合性的判断,应当先进行正面的类型判断(一般判断),并在必要时进行反面的例外判断。亦即,如果行为不符合经实质解释后的构成要件,那么直接否认抽象危险犯的成立;如果行为符合经实质解释后的构成要件,那么意味着存在立法预设的危险;但立法预设的危险不一定是真实的,因此在必要情形下还需要反面判断是否存在不符合立法预设的例外情形;如果例外情形的存在导致具体案件并不存在危险,那么否认构成要件符合性。正面判断是对立法预设的危险是否存在的类型判断,而反面判断则是对立法预设与特殊案件是否一致的例外判断。正面判断的成立肯定抽象危险犯的构成要件与抽象危险之间的通常关联性,而反面判断的成立则否认构成要件与抽象危险之间的真实关联性。

#### 四、允许反证的适用范围

若从被告人是否有权提出反证的角度看,则的确可以肯定任何涉嫌抽象危险犯的被告人都可以提出反证。但允许反证的适用范围显然不是指哪些犯罪的被告人可以提出反证,而是指就哪些具体案件可以进行反证,并且反证成立就否认抽象危险犯的成立。

有学者认为,反证适用于所有抽象危险犯。首先,对于能够提出反证的抽象危险犯就应当允许反证,否则不仅过度限制自由,而且无法真正实现积极的一般预防。其次,即使部分犯罪类型无法提出合理的反证,也不能禁止对这些犯罪进行反证。惩罚的理由是没有有效反证进而仍然存在抽象危险,而非不论有无危险一律构成犯罪。更何况,由于人类认识能力的有限性,在现实中总是存在无法事先预料到的可能情形,因此不应从一开始就排除对特定抽象危险犯进行限制的可能性。<sup>②</sup>最后,举证困难不能成为对部分抽象危险犯排除反证的理由。按照类型推定、例外反证的方案,控方只要证明存在行为即可类型性、一般性推定存在抽象危险,不存在举证困难的

<sup>①</sup> 星周一郎「抽象危険犯の系譜」浅田和茂、井田良ほか編集『刑事法学の系譜』(信山社,2022年)789頁。

<sup>②</sup> Vgl. Ioanna Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S. 133.

问题。<sup>①</sup>

笔者难以赞成上述观点。首先,持上述观点者主张反证只能由被告人提出,旨在维持抽象危险犯与具体危险犯的区别。虽然从被告人诉讼权利的角度看,任何被告人都可以为自己的行为没有产生危险进行辩解,但是这种辩解是否都会被法官采纳值得怀疑。并且持上述观点者主张“允许反证说”的重要理由是,“抽象危险犯作为结果犯,属于立法塑造的犯罪类型,实施相应行为即类型性、一般性地产生抽象危险结果。但是,有一般就有例外,在个案例外无危险的场合,应当允许对抽象危险犯进行反证”。<sup>②</sup>既然如此,那么就应当认为反证仅适用于个案例外无危险的场合,而非适用于所有的抽象危险犯。

也有论者认为,反证只适用于部分抽象危险犯,至于适用于哪部分抽象危险犯,则存在不同的观点。例如,德国有学者认为,抽象危险犯可以分为“允许反证的抽象危险犯”与“不允许反证的抽象危险犯”。如果行为针对的是不特定的一般人或者行为当时并非针对可以确定的对象,那么不允许反证,如违反交通法规的犯罪、毒品交易犯罪、非法持有枪支的犯罪,对抽象危险都不允许反证;反之,如果行为当时针对的是可以确定的对象,那么允许通过反证推翻危险的存在。例如,若使建筑物等燃烧的行为根本不可能引起对人生命的危险,则不能认定为放火罪或加重放火罪。<sup>③</sup>我国也有学者主张,“反证推翻抽象危险的范围应当限制在生命法益和财产法益之内,对于抽象的精神法益则不允许进行反证推翻”。<sup>④</sup>

应当承认,针对特定人的法益实施的行为是否造成了危险,是容易反证的,因此,上述观点具有一定的合理性。但是,对个人法益的抽象危险犯毕竟是少数,大量的抽象危险犯都是对超个人法益的犯罪。若将可以反证的犯罪限定为针对特定对象的犯罪,则反证的意义明显降低。并且,既然在公共危险犯中存在具体危险犯,那么就表明针对不特定的一般人的抽象危险犯也能判断有无危险。如后所述,即使是枪支犯罪也并非不能反证;反之,即使行为针对的是可以确定的对象,也未必就能反证。况且,主张对抽象危险犯允许反证的重要理由是某些案件并不存在立法预设的危险,但哪些具体案件如此不是解释者事先可以确定的。

日本学者西田典之教授将传统的抽象危险犯分为(准)抽象危险犯与危险的拟制。他认为,《日本刑法》第108条规定的放火罪属于(准)抽象危险犯,允许司法判断;但《日本刑法》第230条规定的名誉毁损罪的危险是刑法拟制的危险,不允许进行司法判断。<sup>⑤</sup>日本学者山口厚教授从抽象危险犯中分离出准抽象危险犯,认为对后者应当允许进行司法判断。<sup>⑥</sup>我国也有不少学者赞成准抽象危险犯的概念,并认为可以对准抽象危险犯进行司法判断。例如,有学者指出:“准抽象危险犯是以出现一定程度的具体实质性危险结果作为必要构成要件的抽象危险犯”。<sup>⑦</sup>也有学者指出:“在具体危险犯与抽象危险犯之间,还存在一种需要司法上具体判断有无行为危险性

① 参见徐彬喆:《抽象危险犯反证的理论证成》,《现代法学》2024年第5期。

② 徐彬喆:《抽象危险犯反证的理论证成》,《现代法学》2024年第5期。

③ Vgl. Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 1969, S. 520f.

④ 李涛:《论我国刑法中抽象危险犯的司法限缩》,《河南财经政法大学学报》2022年第6期。

⑤ 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論(第3版)』(弘文堂,2018年)89頁参照。

⑥ 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会,1982年)251頁以下参照。

⑦ 周玉华:《抽象危险犯争议问题研究》,《中国刑事法杂志》2023年第3期。

的独立危险犯类型——准抽象危险犯。”<sup>①</sup>上述观点大体上都是事先确定了哪些犯罪可以进行司法判断,并不是就反证而言的。此外,哪些犯罪属于准抽象危险犯也并非没有疑问。

还有学者认为,对所有的抽象危险犯都应该做实质化的理解,但在论述可以反证的范围时,仅列举了危险驾驶罪,伪证罪,帮助毁灭、伪造证据罪,伪造货币罪,私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪和传播性病罪。<sup>②</sup>显然,持这一观点的学者并没有确定反证的范围。

在笔者看来,按犯罪的类型区分可以反证的抽象危险犯与不能反证的抽象危险犯是不合适的。因为反证不是对构成要件本身的反证,而是就具体案件是否存在立法预设的危险进行的反证,或者说就立法预设是否与特殊具体案件不一致进行的反证。既然如此,那么凡是不存在立法预设危险的案件,都应当允许反证。<sup>③</sup>但反证也并非对立法预设的全部反证,只能是部分反证。笔者的基本观点是,应当按立法预设的判断资料与判断标准来区分可否反证,即对形成立法预设的判断资料可以进行反证,但对形成立法预设的判断标准则不能进行反证。

立法预设是基于判断资料、根据判断标准形成的。被推定或者拟制为存在危险的判断资料是立法预设的根据。立法者是将通常的行为状况作为判断资料的,只要行为人在通常状况下实施构成要件行为,立法者就会认为存在危险。如果行为人实施了构成要件行为,但该行为并不存在立法预设的通常行为状况,或者说缺乏立法预设的判断资料(或部分内容),那么就表明不存在立法预设的危险,因而不应以抽象危险犯论处。显然,对判断资料形成的反证,意味着立法预设时未能预料到特殊情形,或者说立法者对判断资料的观察存在缺陷,导致将特殊情形与通常情形等同看待,故应当通过反证使特殊情形得到特殊处理。

判断标准是立法确定的,不存在判断标准与特殊案件不一致的情形,故对此不能反证,否则就意味着修改立法。例如,1979年《刑法》将私藏枪支、弹药罪规定在妨害社会管理秩序罪中,但现行《刑法》将该罪规定在危害公共安全罪中。该罪性质的变化并非判断资料的变化,而是判断标准的变化,解释者不应修改这一判断标准。<sup>④</sup>

由于各种抽象危险犯的不法程度并不相同,立法者根据形成立法预设的判断资料与自己确立的判断标准确定抽象危险犯的不法程度,从而设置不同的罪名与法定刑。例如,非法持有毒品罪属于抽象危险犯,形成“持有毒品的行为存在危害公共健康的危险”这一立法预设,是基于行为事实上支配了数量较大的有害于人体健康的毒品这一判断资料。在立法者看来,只要具备上述判断资料,就能得出毒品具有扩散可能性的结论;即使行为人持有毒品是为了自己吸食,也有邀约他人一同吸食的可能性。易言之,只要事实上支配了数量较大的有害于人体健康的毒品“就有抽象危险”,这一判断标准是不允许反证的。又如,如果认为伪证罪侵犯的法益是司法的客观公正性,因而是抽象危险犯,那么只要证人在诉讼过程中对影响定罪或量刑(与案件有重要关系)的情节做出可能被采纳的虚假证明(判断资料),就被认为存在侵犯司法客观公正性的危险(判断

① 熊亚文:《抽象危险犯:理论解构与教义限缩》,《中国刑事法杂志》2021年第5期。

② 参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期。

③ 当然,如果立法者基于证明过程是对他人法益的侵害而将某种犯罪规定为抽象危险犯,那么不得反证。例如,侮辱、诽谤罪都会使他人的名誉受到贬损,但这一结果不仅难以证明,而且在法庭上证明这一点也并不适当,否则会被害人的名誉造成更严重的贬损,故对这类犯罪不允许反证,实际上是不允许对被害人实施不法侵害。山口厚『刑法各论(第3版)』(有斐阁,2024年)143页参照。

④ 当然,我们完全可以从立法论上对判断标准提出疑问。

标准)。任何人不得以高水平的法官能识别虚假证言为由,否认危险的存在。对于以上论证,笔者再举几例予以说明。

例一:我国刑法将非法制造枪支罪规定为危害公共安全的抽象危险犯。2009年11月16日,修正后的最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条规定:“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、盗窃、抢夺、持有、私藏、携带成套枪支散件的,以相应数量的枪支计”。<sup>①</sup>从判断标准看,只要行为人制造的是枪支或者成套散件,就具有公共危险。之所以如此,是因为在立法者与司法解释发布者看来,只要行为人在国内制造了枪支或者枪支的成套散件能够在国内组装成枪支,导致枪支会在国内被人非法持有(判断资料),即使没有对应的弹药,也被认为在国内具有公共危险或者说危害国内的公共安全。因此,一方面,如果行为人接受国外订单,在国内制造某类枪支的部分散件,然后将散件直接出口到国外的,就不能认为该行为在国内具有公共危险。因为这种行为不属于形成立法预设的通常情形,或者说不存在形成立法预设的判断资料。同样,如果行为人制造的是不可能在国内组装成枪支的散件,也不存在立法预设存在公共危险的判断资料,那么也应反证没有公共危险。另一方面,只要行为人在国内制造了枪支(按照司法解释的规定,包括制造了在国内能组织成枪支的散件),就不可能以行为人只制造了枪支没有制造弹药为由,反证该行为没有公共危险。因为只要在国内制造了枪支就被认为有公共危险这一判断标准是立法者确定的,司法人员不能改变这一判断标准。

例二:如前所述,如果将现行《刑法》第133条规定的在“在道路上”实质解释为“在有其他机动车或行人的道路上”醉酒驾驶机动车,那么在没有其他机动车与行人的道路上驾驶机动车就不符合危险驾驶罪的构成要件,就不存在反证的问题。这里的问题是,虽然张三“在有其他机动车或行人的道路上”醉酒驾驶机动车,但因为其具有特殊体质,使得体内酒精含量再多也丝毫不影响其驾驶汽车的,能否反证其行为没有公共危险?这就需要确定行为人的特殊体质是否属于公共危险的判断资料。笔者认为,如果刑法条文除规定“醉酒”之外还规定“致不能安全驾驶”的要素,<sup>②</sup>那么意味着行为人的特殊体质属于公共危险的判断资料。但现行《刑法》第133条之一没有将行为人的特殊体质作为判断资料,更没有规定为构成要件要素。反过来说,立法者采用的判断标准为,凡是醉酒的人驾驶机动车都有公共危险,这一判断标准是不允许反证的。因此,在我国,不能以行为人的特殊体质反证醉酒驾驶行为不存在公共危险。

例三:生产、销售、提供假药罪是抽象危险犯,立法预设的根据是假药对患者的身体有害,并且假药通常也的确如此。但是,如果某种属于“假药”的药品提高了疗效,那么与立法预设的判断资料不相符合,因而可以反证。

<sup>①</sup> 该条最后还有一句“非成套枪支散件以每30件为一成套枪支散件计”的规定。在笔者看来,这一规定并不妥当。因为如果行为人制造的非成套枪支散件不可能组装成枪支,那么就不应认定为非法制造枪支罪。

<sup>②</sup> 我国台湾地区学者针对醉酒驾驶行为指出:“我们无法排除有人可能体质特异,必须喝酒才能意识清醒、身手矫健,甚至喝得越多,驾车技术越好,控制危险的能力越好,如果真有这样的特例,却不能反证推翻,是不能使人民信服的,法律规范追求的都是实质正义而不该是形式正义,能符合实质正义的‘形式’才能稳定存在。”参见许玉秀:《无用的抽象具体危险犯》,《台湾法学本土杂志》2000年第3期。从文章发表的时间看,该文针对的是我国台湾地区1999年4月21日增设的“刑法”第185条之三的规定:“服用毒品、麻醉药品、酒类或其他相类之物,不能安全驾驶机动车而驾驶者,处1年以下有期徒刑、拘役或3万元以下罚金。”

先以“猫药案”<sup>①</sup>为例。胡某以公司名义与兽药生产企业签订协议、合同,采取套用兽药传腹康清瘟败毒片批文手段,由该企业为其生产添加GS441524成分的传腹康清瘟败毒片片剂,用以治疗“猫传腹”,以每瓶1000元至1200元不等的价格对外销售。经认定,涉案企业生产的清瘟败毒片为成分不符标准的假兽药。一审人民法院认定胡某犯生产、销售伪劣产品罪,判处有期徒刑15年。显然,人民法院之所以认定上述兽药为假兽药,是因为胡某生产、销售的兽药与“清瘟败毒片”的成分不符。但客观事实是,胡某等人生产、销售的兽药确实能治愈“猫传腹”。既然与国家兽药标准规定成分不同的“假兽药”具有更好的疗效,那么就不能认定胡某等人的行为构成生产、销售伪劣兽药罪。基于同样的理由,胡某等人的行为更不可能构成生产、销售伪劣产品罪。

人用药品也可能如此。2022年3月3日,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第19条规定:“刑法第141条、第142条规定的‘假药’‘劣药’,依照《中华人民共和国药品管理法》的规定认定。”根据2019年修订后的《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)第98条第2款的规定,药品所含成分与国家药品标准规定的成分不符的,属于假药。就生产、销售、提供假药罪的抽象危险而言,药品所含成分及其疗效属于判断资料。在通常情况下,药品所含成分与国家药品标准规定的成分不符,就对患者产生危险。但是,如果行为人生产的药品更改了或者增加了某种成分,因而与国家药品标准规定的成分不符,却使得疗效更好的,那么就不能认定为生产假药罪。在这种情况下,对于销售、提供这类药品的行为,也不能认定为销售、提供假药罪。例如,2009年3月,被告人倪海清设立海清民间草药研究所,后生产标记为“海清中草药肿瘤研究所研究成果”的药品并进行销售。公诉机关指控“上述药品未经国家药监部门批准”,但人民法院的判决理由没有提到这一点,而是明确指出:“中华人民共和国国家知识产权局对倪海清发明的‘肿瘤内服中草药片剂及制备方法’颁发的《发明专利证书》,载明的药物原料及制备方法中均未包含醋酸泼尼松,与标有‘海清中草药肿瘤研究所研究成果’等字样的药品成分并不一致,亦不能证实‘海清中草药肿瘤研究所研究成果’等药品生产及销售的合法性。”<sup>②</sup>笔者试图说明的是,即使上述行为发生在《药品管理法》与《中华人民共和国刑法修正案(十一)》之后,且上述药品“所含成分与国家药品标准规定的成分不符”,但如果该药品救治了数百名晚期癌症病人,<sup>③</sup>那么就不应当认定行为人的行为构成生产、销售假药罪。换言之,立法将药品所含成分及其疗效作为判断资料推定或者拟制药品存在危险,与该案的客观事实并不一致。或者说,立法并没有考虑到与国家药品标准规定的成分不符的药品可能疗效更好的特殊情形。将生产、销售、提供与国家药品标准规定的成分不符却能治愈癌症的药品的行为,以生产、销售、提供假药罪论处,无论如何都是不能被人们接受的。既然如此,那么就应当允许反证。

例四:现行《刑法》第225条虽然有“扰乱市场秩序”的规定,但是由于司法根本不可能对此要素进行判断,因此非法经营罪其实是抽象危险犯。生产、销售有毒、有害食品罪也是抽象危险犯。

<sup>①</sup> 参见马潇:《制售“猫传腹”药案一审宣判,药品研发者获刑15年,处罚金4000万元》,[https://m.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_23678412](https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_23678412),2024-11-02。

<sup>②</sup> 浙江省金华市婺城区人民法院(2012)金婺刑初字第489号刑事判决书。

<sup>③</sup> “为了证明他的药不仅无害反而有效,黄振兴曾向一审法院申请,让曾接受倪海清治疗的其中10位患者出庭作证。法庭以病人的疗效与本案无关为由拒绝了申请。”参见郭芳:《浙江金华治癌假药案追踪:假药,洗不掉的原罪》,<http://finance.people.com.cn/n/2013/0521/c70846-21555353.html>,2024-11-03。

2002年8月16日,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定:“未取得药品生产、经营许可证件和批准文号,非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品,扰乱药品市场秩序,情节严重的,依照刑法第225条第1项的规定,以非法经营罪追究刑事责任”;第4条规定:“明知是使用盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖的供人食用的动物,而提供屠宰等加工服务,或者销售其制品的,依照刑法第144条的规定,以生产、销售有毒、有害食品罪追究刑事责任”。显然,上述行为被认为有危险,是以行为人生产的盐酸克仑特罗在国内销售且被人在国内使用作为判断资料的。如果行为人接受国外订单,生产盐酸克仑特罗后直接销售到国外,那么就不能认定为非法经营罪与生产、销售有毒、有害食品罪。反之,如果行为人生产的盐酸克仑特罗是在国内销售和被使用,那么就不能以其在一定时间内会被代谢为由进行反证。

---

**Abstract:** There are obvious defects in the view that all crimes of abstract endangerment and crimes of concrete endangerment are in a corresponding and opposite structure, and abstract danger is the legislative presupposition (deduction or fiction), thus any judicial judgment is excluded. The appearance of act that conforms to constitutive elements of the crime of abstract endangerment may not have the danger presupposed by legislation, so a rebuttal of abstract danger should be allowed. The limited substantive interpretation of constitutive elements of the crime of abstract endangerment is not exactly equivalent to the rebuttal of abstract danger in concrete cases. The rebuttal belongs to the judgment of the conformity of constitutive elements, not to the judgment of the cause of preventing illegality. The judicial judgment on the conformity of constitutive elements of the crime of abstract endangerment can be divided into positive judgment and negative judgment. The positive judgment is the type judgment on the existence of the danger presupposed by legislation. If the positive judgment is established, the general correlation between constitutive elements and the abstract danger shall be affirmed. The negative judgment is the exceptional judgment on whether the legislative presupposition is consistent with the concrete case. If the negative judgment is established, the real correlation between constitutive elements and the abstract danger shall be denied. The criminal law makes legislative presupposition to abstract danger based on judgment materials and judgment standards, and only when there are no judgment materials regarding legislative presupposition in concrete cases, can a rebuttal of abstract danger shall be allowed; as to the judgment standards adopted by the legislation itself, a rebuttal of abstract danger shall not be allowed.

**Key Words:** the crime of abstract endangerment, prohibition theory of a rebuttal of abstract danger, approval theory of a rebuttal of abstract danger, legislative presupposition, judicial judgment

---