

规制抽象危险犯的新路径： 双层法益与比例原则的融合

蓝学友*

内容提要：抽象危险犯保护双层法益。其中，阻挡层法益是集体法益，背后层法益是个人法益；阻挡层法益是后设的秩序型法益，背后层法益是先验的利益型法益；抽象危险犯对背后层法益仅有抽象危险，但对阻挡层法益造成了实害；阻挡层法益的观念基础是预防刑法观，背后层法益的观念基础则是自由刑法观。这一系列特征决定了，双层法益之间既非择一关系亦非并列关系，而是手段与目的的关系：保护阻挡层法益只是手段，保护背后层法益才是目的。正是这种手段与目的的关系使得双层法益结构成为以比例原则规制抽象危险犯的方法论载体。通过比例原则的适当性、必要性和均衡性审查，可以实现对抽象危险犯的立法与司法规制。

关键词：抽象危险犯 双层法益 比例原则

一、问题的提出：抽象危险犯的悖论式困境

近年来，在预防刑法观的名义下，抽象危险犯的立法不断扩张。尤其是在反恐怖主义、医药卫生、环境保护、公共交通、网络安全、金融市场等高风险领域，增设抽象危险犯已然成为刑事立法的“新常态”。从风险预防、法益保护周延化以及降低因果关系证明困难等角度看，增设抽象危险犯确有一定的必要性。^{〔1〕}但不容忽视的是，以风险预防为导向的抽象危险犯天然具有扩张处罚范围的倾向，为实现预防目的而盲目增设抽象危险犯或者盲目扩张抽象危险犯的处罚范围，都可能导致刑法的工具化，^{〔2〕}进而造成国民行动自由的萎缩。^{〔3〕}所以，在承认抽象危险犯的立法具有必要性的前提下，亟需解决的问题是：如何在立法与司法层面规制抽象危险犯。

* 清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见陈京春：《抽象危险犯的概念诠释与风险防控》，《法律科学》2014年第3期，第118页。

〔2〕 参见魏昌东：《新刑法工具主义批判与矫正》，《法学》2016年第2期，第89页。

〔3〕 参见张明楷：《“风险社会”若干刑法理论问题反思》，《法商研究》2011年第5期，第87页。

理论上，可以借助法益概念的两项机能来实现对抽象危险犯的规制。一方面，法益概念具有立法批判机能，即否定那些没有保护法益或者保护了不适当法益的罪刑规范的合理性，〔4〕以此实现立法层面的规制。另一方面，法益概念具有解释指导机能，即以法益保护为原则来解释构成要件，确保符合构成要件的行为都是法益侵害行为，〔5〕从而实现司法层面的规制。需要注意的是，在理解法益概念的这两项机能时，须区分法益本身与法益侵害流程。首先，法益概念的立法批判机能有赖于法益本身的具体性。法益越具体，法益概念的立法批判机能就越强；反之，法益越抽象，立法批判机能就越弱。其次，法益概念的解释指导机能有赖于法益侵害流程的可察性。法益侵害流程越易于观察和把握，法益概念指导构成要件解释的机能就越强；反之，法益侵害流程越不易观察和把握，法益概念的解释指导机能就越难以实现。在实害犯和具体危险犯的场所，由于法益相对具体，法益侵害流程也易于观察和把握，所以法益概念的立法批判机能和解释指导机能都能充分实现，借助这两项机能就能同时完成立法与司法层面的规制任务。

但是，在抽象危险犯的场所，法益的具体性与法益侵害流程的可察性之间存在此消彼长的关系。一方面，要借助立法批判机能来规制抽象危险犯，就需要把抽象危险犯的法益界定为具体的个人法益。但如此一来会导致法益侵害流程的抽象化，因为从行为人实施抽象危险行为到个人法益受侵害的结果之间尚有很长一段距离，法益侵害流程难以观察和把握，于是法益概念的解释指导机能会随之弱化，司法规制的目的就容易落空。另一方面，要借助解释指导机能来规制抽象危险犯，就需要把抽象危险犯的法益界定为抽象的集体法益，以提高法益侵害流程的可察性。可是，如此一来会导致法益本身的抽象化，从而势必削弱立法批判机能，立法规制的目的就容易落空。

以醉酒驾驶型危险驾驶罪为例。刑法第133条之一规定，醉酒在道路上驾驶机动车的，构成危险驾驶罪。虽然理论上一致认为本罪的法益是公共安全，但在“公共安全”的内容界定上却存在分歧。有不少论者基于限制处罚范围的考虑，认为应当把抽象的公共安全还原为不特定或者多数人的生命、身体、财产等具体的个人法益。〔6〕但如此一来会导致法益侵害流程难以观察和把握，因为从行为人醉酒驾驶到最终出现生命、身体、财产等法益受侵害的结果尚有很长一段距离，在具体个案中，醉酒驾驶最终是否可能造成生命、身体、财产损害，是难以准确观察和把握的。可见，法益的具体化虽然有助于限制本罪的处罚范围，却对本罪构成要件的解释缺乏充分的指导意义。因此，司法实践中一般把本罪的法益界定为抽象的公共安全，但凡行为人在道路上醉酒驾驶机动车，一律推定其侵犯了抽象的公共安全。〔7〕此举虽然增强了法益概念的解释指导机能，却弱化了立法批判机能。

可见，在抽象危险犯的场所，无论把法益界定为具体的个人法益还是抽象的集体法益，都只能顾及法益概念的两项机能之一而难以两全。在本文看来，面对此种悖论式困境，只有转变法益观，将关注焦点从法益内容转向法益结构，从单层法益观转向双层法益观，才

〔4〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《对批判立法之法益概念的检视》，陈璇译，《法学评论》2015年第1期，第56页以下。

〔5〕 参见高巍：《刑法教义学视野下法益原则的畛域》，《法学》2018年第4期，第45页以下。

〔6〕 参见张明楷：《刑法学》下，法律出版社2016年版，第689页；黎宏：《刑法学各论》，法律出版社2016年版，第17页；周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2016年版，第153页。

〔7〕 学界的相同观点参见梁根林：《“醉驾”入刑后的定罪困扰与省思》，《法学》2013年第3期，第56页。

能找到化解悖论的方法。为此,本文拟先论证抽象危险犯的双层法益结构,再引入比例原则这一理论工具,提出从立法与司法两个层面规制抽象危险犯的理论方案。

二、抽象危险犯的双层法益结构

就抽象危险犯的法益而言,既有研究大多关注某一具体罪名的法益内容,而少有论者关注抽象危险犯的法益结构,且多数论者只是习惯性地沿用传统的单层法益观。然而,抽象危险犯所面临的悖论式困境,恰恰源于此种单层法益观。

(一) 单层法益观及其问题

关于抽象危险犯的法益,理论上素有具体法益说与抽象法益说之争。具体法益说认为,抽象危险犯保护具体的个人法益,如个人的生命、健康、财产等,并要求抽象的集体法益必须还原为具体的个人法益。^[8]抽象法益说则认为,抽象危险犯保护抽象的集体法益(或称超个人法益),如公共安全、公共秩序等,而且集体法益具有独立于个人法益的地位。^[9]这两种学说的对立集中体现在以下情形中:行为人虽然实施了法定的抽象危险行为,但并未造成甚至不可能造成法益侵害或危险的,应否一律入罪。

在理论和实践中,“应否一律入罪”的争论在“醉酒驾驶应否一律入罪”的问题上体现的最为明显。一律入罪论者认为,只要行为人醉酒后在道路上驾驶机动车,不管是否造成法益侵害或危险,都应一律入罪。^[10]综合判断论者则认为,应当结合个案的具体情节进行综合判断,只有当醉酒驾驶行为真的对法益造成危险时才能入罪。^[11]在醉酒驾驶入刑之初,实践中的主流做法是一律入罪。如2011年公安部《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》指出,经检验驾驶人血液酒精含量达到醉酒驾驶机动车标准的,“一律”以涉嫌危险驾驶罪立案侦查;2013年“两高”和公安部联合发布的《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》也指出,在道路上驾驶机动车,血液酒精含量达到80毫克/100毫升以上的,属于醉酒驾驶机动车,以危险驾驶罪定罪处罚。但是,随着司法实践的深入,一律入罪的缺陷日益凸显。在一些个案中,行为人虽然酒后驾驶机动车,但从当时的情形看确实不可能造成法益侵害或危险,比如在特定范围内短距离挪动车辆,^[12]或者酒后在空无一人的停车场内短时间挪动车辆,^[13]将这类行为一律入罪,显然缺乏正当性。为此,2017年最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》改采综合判断论,明确要求各地法院在对醉酒驾驶机动车的被告人定罪量刑时,应当“综合”考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及

[8] 参见李婕:《论抽象危险犯的法益构造与界限》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第37卷,北京大学出版社2016年版,第365页。

[9] 参见王永茜:《论集体法益的刑法保护》,《环球法律评论》2013年第4期,第69页。

[10] 参见殷磊:《论刑法第13条功能定位——兼论(醉酒型)危险驾驶罪应一律入刑》,《政治与法律》2012年第2期。

[11] 参见熊伟:《论“醉驾不必一律入罪”》,《法学论坛》2012年第6期,第133页。

[12] 参见冉诗玉、张雷:《醉酒后挪车让道如何定性》,《检察日报》2016年10月14日第3版。

[13] 参见喻海松:《刑法的扩张——〈刑法修正案(九)〉及新近刑法立法解释司法适用解读》,人民法院出版社2015年版,第94页。

认罪悔罪等情况。^[14]

从一律入罪到综合判断的转变不单是司法认定上的调整，更反映出法益观的转变。仔细分析就会发现，一律入罪体现的其实是抽象法益说，综合判断所体现的则是具体法益说。行为人虽然实施了抽象危险行为，但能否成立犯罪，还需要结合具体情节综合判断是否有可能进一步危害具体的个人法益。就个案而言，综合判断论似乎比一律入罪论更容易实现个案正义。但是，如果将较长时段内的一系列案件综合起来看，就会发现综合判断论容易导致个案之间裁判标准的不统一。换言之，从一律入罪论到综合判断论的转变，只不过是把个案问题转换成体系性问题，是以牺牲体系一致性为代价实现个案正义。总之，在抽象危险犯的场合，抽象法益说虽然有助于实现法益概念的解释指导机能，却不利于立法批判机能的实现；具体法益说则刚好与之相反。从一律入罪论转变为综合判断论、从抽象法益说转变为具体法益说，都不过是从一端走向另一端，并没有真正化解问题。

归根结底，单层法益观是导致抽象危险犯悖论式困境的根源。无论是抽象法益说还是具体法益说，都是单层法益观的产物，二者都认为抽象危险犯只保护一种法益，要么是具体的个人法益，要么是抽象的集体法益，不可能兼而有之。单层法益观在实害犯、具体危险犯等场合不会引发悖论式困境，这是因为此时构成要件行为与法益侵害结果之间距离较近，可同时兼顾法益的具体性和法益侵害流程的可察性。但在抽象危险犯的场合，构成要件行为与具体的侵害结果之间距离较远，如果继续坚持单层法益观，就不得不在抽象法益说和具体法益说之间作出取舍。而无论如何选择，都会陷入前述悖论式困境。概言之，从实害犯到抽象危险犯，处罚时点的前置打破了单层法益观在立法批判机能与解释指导机能之间所能维持的平衡。所以，在肯定处罚前置化确有必要的前提下，要走出抽象危险犯的悖论式困境，就只能摆脱单层法益观的执念，正视抽象危险犯的双层法益结构，即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。从功能上看，保护抽象的集体法益是为了阻挡行为进一步侵害背后的（具体的）个人法益。所以，前置性的集体法益可以称为“阻挡层法益”，后置的个人法益可以称为“背后层法益”。而一旦从单层法益观转变为双层法益观，就能重建立法批判机能与解释指导机能之间的平衡。

（二）从单层法益观到双层法益观

双层法益观并不是简单地把原本各自独立的两种法益并置在一起，而是在法益内容、法益性质、行为的侵害方式以及法理基础等方面实现两种法益的有机融合，最终重构出一体化的双层法益。

其一，从法益内容看，阻挡层法益是集体法益，背后层法益是个人法益；保护集体法益只是手段，保护个人法益才是目的。早有论者发现，从实害犯到具体危险犯再到抽象危险犯，保护法益存在从个人法益向集体法益转变的趋势。^[15] 需要注意的是，从个人法益到

[14] 非法持有枪支罪、生产、销售假药罪等抽象危险犯的认定也从一律入罪转向综合判断。比如，关于“枪支”的认定，2010年公安部《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》明确指出，枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米的，“一律”认定为枪支。但到了2018年，“两高”《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》要求各地法院在定罪量刑时应“综合”考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力等情节。

[15] 参见孙国祥：《集体法益的刑法保护及其边界》，《法学研究》2018年第6期，第41页；舒洪水、张晶：《法益在现代刑法中的困境与发展——以德、日刑法的立法动态为视角》，《政治与法律》2009年第7期，第107页。

集体法益的转变并不是点到点的切换,而是一个沿着“手段—目的”轨道分步展开的过程。换言之,在“实害犯→具体危险犯→抽象危险犯”的过程中,法益内容并不是从个人法益一下跳跃到集体法益。严格讲,这三种犯罪都包含了保护个人法益和集体法益的成分。表面上看,实害犯似乎只保护具体的个人法益,但实际上它在保护个人法益的同时也实现了保护集体法益的附随效果。从实害犯到具体危险犯,虽然保护集体法益的成分上升、保护个人法益的成分下降,但两种成分仍然共存。抽象危险犯亦如此,其不仅保护集体法益也保护个人法益,而且保护集体法益只是手段,保护个人法益才是目的。以污染环境罪为例。在刑法修正案(八)颁布之前,本罪虽系实害犯,但其不仅保护生命、健康、财产等个人法益,也保护自然环境、资源等集体法益。刑法修正案(八)将本罪从实害犯改为危险犯,虽然突出了自然环境、资源等集体法益的地位,但同时也保护生命、健康、财产等个人法益。在2016年“两高”《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条规定的入罪情形中,第1项至第8项侧重保护集体法益,第9项至第17项则侧重保护个人法益。本罪的法益既不是单纯的个人法益,也不是单纯的集体法益,^[16]而是以保护个人法益为最终目的的集体法益。

其二,从法益性质看,阻挡层法益是后设的秩序型法益,背后层法益是先验的利益型法益;保护秩序型法益只是手段,保护利益型法益才是目的。利益型法益具有先验性,因为受保护的利益是先于法律而存在的,立法者只不过是发现并确认该种利益值得刑法保护从而将其上升为法益。秩序型法益则是一种后设性法益,其由立法创设而非先于立法存在,并随着法律的变动而变动。那么,这是否意味着立法者可以随意创设秩序型法益?当然不是。由于秩序型法益与利益型法益之间是手段与目的的关系,所以立法者创设秩序型法益必须以保护背后的利益型法益为宗旨。以生产、销售假药罪为例,虽然本罪保护的药品监管秩序是立法创设的秩序型法益,但创设该法益的目的是为了保护用药者的生命、健康等利益型法益。因此,如果行为人只是单纯违反药品监管秩序,不可能进一步侵害用药者的生命、健康等利益型法益,就不应认定为生产、销售假药罪。^[17]

其三,从行为的侵害方式看,抽象危险犯对阻挡层法益造成了实害,对背后层法益仅有抽象危险。之所以在行为人侵害阻挡层法益时就予以禁止,主要是为了确保保护背后层法益的周延性。“抽象危险犯”的称谓容易让人误以为在抽象危险犯中只有“抽象危险”而无“实害”。然而,法益和法益侵害方式是成对出现的,这包括两层含义:一方面,无论是危险还是实害,都是针对法益而言的,脱离特定的法益,危险和实害都无从谈起。对此法益造成实害的行为,完全可能对彼法益仅有抽象危险。抽象危险犯中的“抽象危险”显然是指对背后层法益有抽象危险。比如,醉酒驾驶行为对交通参与人的生命、身体、财产等背后层法益仅有抽象危险,但其对交通秩序这一阻挡层法益却有实害。另一方面,“实害”与法益也是成对出现的,法益不同,实害的表现形式也不同。对生命、身体、财产等具体法益造成实害的表现是被害人死亡、受伤或财产受损,这是看得见、摸得着的实害。但是,对市场经济秩序、社会管理秩序等抽象法益有实害却是看不见、摸不着的,只能通过相对

[16] 参见张明楷:《污染环境罪的争议问题》,《法学评论》2018年第2期,第2页以下。

[17] 参见时方:《生产、销售假药罪法益侵害的规范解释——主次法益价值冲突时的实质判断》,《政治与法律》2015年第5期,第52页。

抽象的方法予以证明乃至推定。以刑法修正案（九）增设的恐怖活动犯罪（刑法第120条之二至第120条之六）为例，宣扬恐怖主义、极端主义，强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志等一系列涉及恐怖主义、极端主义的行为，不仅对民众的生命、财产等背后层法益有抽象危险，对稳定的社会秩序也造成了实害。其中，对稳定的社会秩序这一阻挡层法益造成的实害，就只能通过这些行为干扰了普通民众的正常生活来证明乃至推定。

其四，从法理基础看，阻挡层法益的观念基础是预防刑法观，背后层法益的观念基础是自由刑法观。既有研究已经揭示抽象危险犯背后潜藏着风险预防与自由保障的对立关系。有论者认为，抽象危险犯是以风险预防之名突破自由保障的藩篱，有侵犯人权的危险；^{〔18〕}也有论者指出，预防风险应以保障自由为前提，提倡以自由为前提的安全观。^{〔19〕}其实，风险预防与自由保障是既对立又统一的关系，二者可以通过手段与目的的关系取得统一，即风险预防只是手段，自由保障才是目的。抽象危险犯并非纯粹以风险预防为宗旨，而是通过预防风险来实现保障自由的目的。比如，非法持有枪支罪的阻挡层法益是枪支管理秩序，背后层法益是公众的生命、财产安全。保护枪支管理秩序就是为了预防风险，而预防风险的最终目的是保护公众的生命、财产安全。之所以禁止非法持有枪支，是因为枪支具有极大的杀伤力，有侵害公众生命、财产安全的高度风险。

综上可知，抽象危险犯的双层法益在法益内容、法益性质、行为的侵害方式以及法理基础等维度都体现出双层法益之间是手段与目的的关系。正是这种手段与目的的关系使得双层法益不是两种法益的简单并置，而是两种法益的一体化。也正是这种手段与目的的关系，使得双层法益结构成为以比例原则规制抽象危险犯的方法论载体。

（三）双层法益之间的合比例关系

如前所述，法益越具体，法益概念的立法批判机能就越强，法益越抽象，立法批判机能就越弱；法益侵害流程越易于观察和把握，法益概念的解释指导机能就越强，法益侵害流程越不易观察和把握，解释指导机能就越难以实现。在抽象危险犯中，阻挡层法益是抽象的集体法益，所以阻挡层法益的立法批判机能较弱，但由于抽象危险犯对阻挡层法益造成了实害，所以阻挡层法益的解释指导机能较强；相反地，背后层法益是具体的个人法益，所以背后层法益的立法批判机能较强，但由于抽象危险犯对背后层法益仅有抽象危险，所以背后层法益的解释指导机能较弱。既然如此，若双层法益之间能够优势互补，就可以兼顾法益概念的两项机能。考虑到双层法益在法益内容、法益性质、行为的侵害方式以及法理基础等维度均体现出双层法益之间是手段与目的的关系，所以完全可以引入用于处理手段与目的关系的比例原则来“粘合”双层法益，实现优势互补。

比例原则是一种检验公权力行使正当性的价值理念。要言之，公权力的行使必须符合一定的比例要求，否则就缺乏正当性。就刑罚权而言，要求“不仅刑事法律追求的目标必须正当，达到该目标的过程也必须在狭义上合理、必要，并且合乎比例”。^{〔20〕}国内已有论

〔18〕 参见王志祥、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》2016年第3期，第72页。

〔19〕 参见刘艳红：《二十年来恐怖犯罪刑事立法价值之评价与反思》，《中外法学》2018年第1期，第52页以下。

〔20〕 [德]埃里克·希尔根多夫：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯、黄笑岩等译，北京大学出版社2015年版，第227页。

者主张将比例原则引入刑法领域以限制刑罚权，^[21]也有论者运用比例原则分析具体个案和个罪，^[22]还有论者明确提出运用比例原则规制抽象危险犯。^[23]不过，既有研究要么停留在宏观价值层面，要么过分注重个案或个罪的微观分析，而缺乏中观层面的理论建构。究其根本，主要是因为比例原则是刑法教义学体系外的一种价值理念，需要借助一定的方法论转换，才能真正将其引入刑法体系，进而运用于对抽象危险犯的规制。遗憾的是，既有研究在抽象危险犯的问题上大多沿用单层法益观，而没有注意到双层法益结构才是实现该种转换的方法论载体。

一方面，比例原则是一项用于处理手段与目的关系的原则。理论上一般认为，比例原则包括适当性原则、必要性原则和均衡性原则等三项子原则，^[24]此三者其实是分三个阶段依次检验手段与目的之间的合比例性。其中，适当性原则检验所用之手段能否实现所欲之目的，注重考察手段是否有效；必要性原则是在适当性原则的基础上要求，在同等有效的手段中选择造成最小损害的手段；均衡性原则检验该手段所造成的损害与所达成的目的之间是否明显失衡，侧重于权衡利弊得失。概言之，比例原则的核心内容是“国家的规制手段必须与所要达到的目的成比例”。^[25]

另一方面，抽象危险犯的双层法益在法益内容、法益性质、行为的侵害方式以及法理基础等维度都体现出双层法益之间是手段与目的的关系，因此完全可以引入比例原则来实现双层法益的优势互补。如前所述，阻挡层法益的解释指导机能强但立法批判机能弱，背后层法益则刚好相反。引入比例原则后，阻挡层法益与背后层法益之间的关系应符合比例原则，即双层法益之间的关系必须符合适当性、必要性以及均衡性要求。如此一来，虽然阻挡层法益的立法批判机能较弱，但在比例原则的居间牵引下，具体的背后层法益可以补强这部分机能。同理，虽然背后层法益的解释指导机能较弱，但在比例原则的居间牵引下，具备较高法益侵害流程可察性的阻挡层法益可以补强这部分机能。

以醉酒驾驶型危险驾驶罪为例。本罪的阻挡层法益是抽象的公共安全，背后层法益是交通参与人的生命、财产安全等具体法益。如果孤立地看待公共安全法益，就会发现该法益虽然具有较强的解释指导机能，但由于本身过于抽象而导致其立法批判机能较弱。此时，借助比例原则将具体的交通参与人的生命、财产安全等法益作为保护公共安全法益的目的，并要求公共安全法益与交通参与人的生命、财产安全等法益之间的关系应符合比例原则，就可以使公共安全法益在一定程度上得到具体化，从而补强立法批判机能。同理，如果孤立地看待交通参与人的生命、财产安全等法益，就会发现该法益虽然具有较强的立法批判机能，但由于在个案中醉酒驾驶最终是否会对交通参与人的生命、财产等造成实际侵害是

[21] 参见张翔：《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》，《法学研究》2016年第4期，第56页以下；姜涛：《追寻理性的罪刑模式：把比例原则植入刑法理论》，《法律科学》2013年第1期。

[22] 参见白斌：《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》，《法学研究》2009年第4期，第118页以下。

[23] 参见王永茜：《论抽象危险犯的立法界限》，载赵秉志主编：《刑法论丛》总第35卷，法律出版社2013年版，第99页以下。

[24] 适当性原则又称有效性原则或妥当性原则，必要性原则又称最小损害原则，均衡性原则又称狭义比例原则。综合考虑表述的通用性和对仗性，本文统一表述为适当性原则、必要性原则和均衡性原则。

[25] [日]松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2014年版，第12页。

高度不确定的（法益侵害流程的可察性低），所以该法益的解释指导机能较弱。此时，借助比例原则将公共安全作为交通参与人的生命、财产安全等法益的前置性法益，先判断行为是否侵害了公共安全法益，再判断行为是否有进一步侵害交通参与人的生命、财产等法益的可能性，如此即可增强法益侵害流程的可察性，从而强化解释指导机能。

三、抽象危险犯的立法规制

以双层法益之间的合比例关系指导抽象危险犯的立法，既能避免盲目增设抽象危险犯，还能检验既有抽象危险犯立法的正当性。具体而言，就是要求抽象危险犯的立法必须经过适当性、必要性以及均衡性等三个环节的审查。

（一）适当性审查：保护阻挡层法益是否有助于保护背后层法益

如前所述，在抽象危险犯中，保护阻挡层法益只是手段，保护背后层法益才是目的。根据比例原则的第一项子原则——适当性原则——的要求，只有当手段有助于实现目的时，该手段才具有正当性。因此，对抽象危险犯立法正当性的第一道审查是，保护阻挡层法益是否有助于实现对背后层法益的保护。如果手段与目的不匹配，相应的抽象危险犯立法就无法满足适当性原则的要求，也就不具有正当性。反过来讲，要合理增设抽象危险犯，就必须确保保护所欲增设的抽象危险犯的阻挡层法益确实有助于保护所欲增设的抽象危险犯的背后层法益。

当然，禁止某种抽象危险行为（如醉酒驾驶）能否真正有效保护背后层法益，并不是一个通过理论推理就能回答的问题，而应通过实证研究来回答。只有将抽象危险犯的立法建立在科学、准确的风险评估的基础上，才能确保抽象危险犯立法的适当性。^[26]

首先，立法者应以实证研究和既有的实践经验作为立法根据，避免情绪性立法和象征性立法。例如，刑法修正案（八）增设醉酒驾驶型和追逐竞驶型危险驾驶罪就是基于以下现实考量：（1）我国的机动车保有量与日俱增；（2）因醉酒驾驶、追逐竞驶导致的人员伤亡和财产损失令人触目惊心；（3）当时经常被用来规制这两类危险行为的交通肇事罪，对某些故意醉酒驾驶行为和追逐竞驶行为束手无策；（4）德国、日本等国家的实践证明设置危险驾驶罪的确能够起到保护道路交通安全的效果。^[27] 尽管一开始有学者质疑此举是否有效，^[28] 但后续的司法实践证明，禁止危险驾驶行为确实有助于保护道路交通安全法益（阻挡层法益），进而有效保护了交通参与人的生命、身体、财产等背后层法益。因此，增设危险驾驶罪符合适当性原则的要求。又如，反恐实践经验表明，恐怖主义、极端主义往往具有很强的煽动性，有些缺乏判断力的普通民众在观看了宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料以后，常常会做出非理智的自伤或伤害他人的暴力行为。^[29] 因此，预防恐怖活动的一个有效手段就是切断这些明显带有恐怖主义、极端主义煽动性的信息的传播渠道。

[26] 参见劳东燕：《风险社会与功能主义的刑法立法观》，《法学评论》2017年第6期，第25页。

[27] 参见周光权主编：《刑法历次修正案权威解读》，中国人民大学出版社2011年版，第350页。

[28] 参见王政勋：《危险驾驶罪的理论错位与现实危险》，《法学论坛》2011年第3期，第29页以下。

[29] 参见臧铁伟、李寿伟主编：《〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2016年版，第46页以下。

从这个角度看,刑法修正案(九)增设有关恐怖活动犯罪的抽象危险犯(刑法第120条之三、第120条之五、第120条之六)符合适当性原则的要求。

其次,立法者不应奢望扼杀所有风险。现代社会的风险有别于传统风险,除了风险的规模不同,最为明显的差异就是现代社会的风险既有消极的一面也有积极的一面;在接受其积极一面的同时,也必须容忍其消极的一面;反之,扼杀其消极的一面,也就扼杀了其积极的一面。而且,这两个方面都具有不可预测性。正是这种特质使得企图扼杀所有风险以保护法益的做法注定是徒劳的。事实上,立法者也只能禁止那些高发的有造成消极后果的高度可能性的危险行为。比如,在现代社会立法者不可能为了保护交通参与人的生命、财产安全而禁止国民开车上路,其只能禁止追逐竞驶、醉酒驾驶、超速驾驶等高发的高度危险行为。除此以外,危险驾驶罪的立法还涉及如何在交通参与主体(机动车司机、行人等)之间对交通安全风险进行合理分配,而风险分配往往会对风险预防措施乃至生产生活方式产生影响。因此,在进行法益保护的适当性审查时,不能片面强调风险预防,还应兼顾社会发展的现实需要。

最后,立法者在进行适当性审查时还应当注意评估是否以有限的资源投入取得了最大的效益。再强大的国家,其立法、司法资源也是有限的,如果将过多的资源投入到对轻微犯罪行为的预防上,就必然会影响对其他更严重犯罪行为的打击力度。比如,为了预防恐怖活动犯罪,立法者可以禁止国民资助恐怖活动或者为恐怖活动培训招募、运送人员(刑法第120条之一),但立法者不可能禁止国民与恐怖活动组织所在地区的民众进行日常交往,如果予以禁止就只好对全体国民进行监控,如此巨大的资源投入势必使得投入到打击恐怖活动犯罪的资源减少,最终得不偿失。再如,有人提议“毒驾”也应入刑。^[30]如果单从危险程度看,“毒驾”的确与醉酒驾驶、追逐竞驶等已经入刑的危险驾驶行为相当,但是,“毒驾”并不具有普遍性,而且检查“毒驾”的操作成本相较检查醉酒驾驶、追逐竞驶也更高,将此类行为入刑确实有过度消耗刑事立法、司法资源的嫌疑。可见,对抽象危险犯的立法进行适当性审查,不能仅止于“有/无”的判断,还要考虑到立法、司法资源有限的现实,从“多/少”的可行性角度审查立法的适当性。

(二) 必要性审查:用刑罚保护阻挡层法益是否为保护背后层法益的最小损害手段

符合适当性原则要求的抽象危险犯立法未必都具有正当性,需要进一步审查有无必要设置抽象危险犯。必要性原则又称最小损害原则,它要求在可以同等有效实现目的的手段中采用造成最小损害的手段。不难看出,必要性审查包含“同等有效”和“最小损害”两个要件。通常情况下,比较两种手段的致害性大小相对容易,但要确保两种手段同等有效却十分困难。在理想状态下,考察不同手段是否同等有效,应当对同一情境分别采取不同的规制手段,再比较最终的规制效果(即对照试验),但现实生活中几乎不可能进行这种理想的实验操作。这是因为即使我们对同一情境先后采取不同的规制手段,也难以确保该情境的前后同一性。或者,即使在不同地区同时开展不同规制手段的试点,也难以保证地区差异不会影响比较结论的准确性。因此,我们不可能在实践中获得像实验操作那般精确的比较结论。但是,我们完全可以在实证调查的基础上辅之以一定的理论分析,由此确定不

[30] 参见游伟:《“毒驾”入刑的呼声应当正视》,《法制日报》2013年3月7日第3版。

同手段是否同等有效。

一般而言，刑事法律手段比民事、行政法律手段造成的损害要大，所以在同等有效的情况下应当优先适用民事或行政法律手段。就抽象危险犯的立法规制而言，只有当其他非刑罚手段都不足以有效保护背后层法益时，才能通过设置抽象危险犯的方式保护背后层法益。表面上看，必要性审查与刑法体系原有的最后手段性原则并无太大区别。但实际上，必要性审查只是比例原则审查的一个环节，在其之前有适当性审查，在其之后有均衡性审查，这种分步递进的体系性审查是最后手段性原则所不具备的。也正是因为其审查缺乏体系性，最后手段性原则容易让人产生“行政不足，刑罚来补”的错误认识。

由此观察刑法的相关规定就会发现，有些抽象危险犯立法难以通过必要性审查。例如刑法第175条规定的高利转贷罪，行为人只要以转贷牟利的目的向银行等金融机构借款，之后再将其所借钱款以更高的利息转贷给第三人，违法所得数额较大的，即构成本罪。高利转贷罪的阻挡层法益是金融秩序，背后层法益是国民的财产法益。禁止这类高利转贷行为的确有助于提前保护背后层法益，能够通过适当性审查，但问题是是否有必要动用刑罚手段，或者说非刑罚手段不足以实现相同的保护目的？有调查表明，实践中大部分借款人将所借钱款用于生产经营，而且大多能按时还本付息。“即使金融机构的信贷资金被转贷，但还是处在相对安全的环境中。”^[31]此外，第三人担保也极大地降低了该类转贷行为可能造成的风险。从积极的一面看，转贷行为提高了信贷资金的利用效率，在一定程度上有助于解决融资困难的问题。“即便废除高利转贷罪，采取限制转贷的利率标准以及对转贷资金进行登记等措施，也能实现对转贷行为的有效规制和监管。”^[32]有论者也指出，将这类行为认定为民事纠纷已经十分牵强，实在没有必要动用刑罚。^[33]总之，高利转贷罪这一抽象危险犯的立法难以通过必要性审查。^[34]

（三）均衡性审查：双层法益之间的“距离”是否适当

通过适当性与必要性审查的抽象危险犯立法未必都具有正当性，因为刑罚是一把“双刃剑”，在动用刑罚禁止某类行为的同时，也剥夺了民众实施该类行为的自由，所以在决定是否动用刑罚处罚某类行为时，必须在自由保障与法益保护之间进行权衡，此即均衡性审查。如果某一抽象危险犯立法所剥夺的自由远大于其保护的利益，该立法就难以通过均衡性审查从而缺乏正当性。当然，这并不意味着均衡性审查只是进行纯粹“量”上的比较。相反，法律领域的均衡性审查并不完全是经济学意义上的得失计算，自由保障与法益保护也难以进行纯粹“量”上的比较。

那么，该如何在自由保障与法益保护之间进行权衡？既有研究大多把自由和法益当作

[31] 黄明儒、王振华：《高利转贷罪的理论与实践：回顾、反思与展望——基于CNKI数据库论文和43份裁判文书的思考》，载许多奇主编：《互联网金融法律评论》总第12辑，法律出版社2018年版，第15页。

[32] 姚万勤：《高利转贷除罪化实证研究》，《政治与法律》2018年第3期，第39页。

[33] 参见何荣功：《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，《中外法学》2015年第2期，第530页。

[34] 值得注意的是，2019年“两高”、公安部 and 司法部联合发布的《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》明确将职业高利贷行为界定为犯罪行为，这与本文主张的高利转贷去罪化并不矛盾。一则，此“高利”非彼“高利”。高利贷中的“高利”是指超过36%的实际年利率，而高利转贷罪中的“高利”是指高于金融机构的出借利率。所以，高利转贷并不一定是高利贷。二则，高利转贷去罪化并不影响高利贷的入罪化。尽管有些高利贷案件中的资金源自金融机构，但高利转贷与高利贷毕竟是两种不同的行为类型，不能混为一谈。当然，职业高利贷入罪本身是否妥当，仍有商榷的余地。

两种实体,而且多在宏观层面对二者进行比较,比较结论往往取决于论者的价值立场,价值立场不同,往往就会得出不同的结论。比如,对于醉酒驾驶入刑,站在个人主义立场的论者会认为该立法所侵犯的自由要大于所保护的利益,而站在非个人主义立场的论者会认为该立法所保护的利益远大于所侵犯的自由。其实,无论是拿阻挡层法益与自由进行比较,还是拿背后层法益与自由进行比较,都是先入为主地把自由和法益当作两种方法论上的实体进行比较。可实际上,自由保障和法益保护是两种价值观念,要想在这两种价值观念之间进行权衡,首先得在方法论层面实现可操作化。表面上看,这种因价值立场不同而引发的争论似乎不可调和,但实际上,只要在方法论上稍作调整,就可以将两种对立的观念统一到同一个连续体上,从而找到一个恰当的平衡点。而这种方法论上的调整正是把比例原则引入双层法益内部,把自由保障与法益保护之间的权衡具体化为维持双层法益之间适当的“距离”。

如前所述,抽象危险犯保护双层法益,保护阻挡层法益是对背后层法益的前置性保护,保护阻挡层法益只是手段,保护背后层法益才是目的。因此,在自由保障与法益保护的权衡中,法益保护具体指的是保护背后层法益,但自由保障并不是指保护阻挡层法益,而是阻挡层法益与背后层法益之间的“距离”。二者之间的“距离”越远,就意味着对背后层法益的保护越提前,相应地对自由的限制也就越多。比如,虽然贩卖、运输、制造毒品罪和非法种植毒品原植物罪的背后层法益都是公众的身体健康,但相比之下非法种植毒品原植物罪的阻挡层法益距离背后层法益更远,相应地该罪限制的自由也更多。由此可见,自由保障与法益保护之间的权衡可以具体化为双层法益之间的“距离”,均衡性原则要审查的正是这种“距离”是否适当。如此一来,自由保障和法益保护这两种在价值论层面对立的观念便在方法论上得到了统一。

一旦从原来的价值立场问题转变为方法论上的“距离”调控问题,问题的焦点就转化为:双层法益之间的“距离”要多远,才能使抽象危险犯的立法具有正当性。显然,并不存在一个适用于所有抽象危险犯的恒定值,而是需要结合具体犯罪进行具体分析。但可以肯定的是,在确定合理的距离时既要考虑背后层法益的重大程度,也要考虑特定领域的风险程度和国民对风险的容忍度。以刑法第351条规定的非法种植毒品原植物罪为例。本罪的背后层法益是公众的身体健康,然而,从种植毒品原植物到公众因吸食毒品而损害身体健康距离还很遥远,尽管公众的身体健康十分重要,但将保护阻挡层法益的时点前置到种植毒品原植物时,显然过于靠前。这就导致双层法益之间的“距离”超出了预防该领域风险的必要阈值,难以通过均衡性审查。与之不同的是,刑法第120条之一至第120条之六所规定的恐怖活动犯罪,其背后层法益是公众的生命安全,而且公众对恐怖活动的容忍度极低,所以尽管宣扬恐怖主义、非法持有宣扬恐怖主义物品的行为距离实施恐怖活动还很遥远,但动用刑罚禁止这类行为仍然可以通过均衡性审查。

综上可知,确保双层法益之间的合比例关系,有助于实现对抽象危险犯立法的规制。抽象危险犯的立法必须经过适当性、必要性和均衡性等三个环节的审查:首先,保护阻挡层法益必须有助于保护背后层法益(适当性审查);其次,动用刑罚保护阻挡层法益是同等有效的手段中造成最小损害的手段(必要性审查);最后,双层法益之间应当保持适当的“距离”(均衡性审查)。

四、抽象危险犯的司法规制

如果说立法规制的中心任务是审查某一类抽象危险行为是否应当入刑，那么司法规制的中心任务就是判断相关行为是否符合抽象危险犯的构成要件。前者涉及立法者对抽象危险行为的犯罪类型化，后者则是对已经被立法者规定为犯罪的抽象危险行为进行构成要件解释。从立法与司法二分的角度看，主张把比例原则引入刑法领域的既有观点主要是把比例原则与刑事立法相结合。^[35] 即便有论者试图将比例原则推进至刑事司法层面，^[36] 也仅止于把比例原则当作抽象的价值理念，而未将其运用到具体个罪的构成要件解释上。究其原因，已如前述，主要是因为既有研究没有在刑法解释论内部找到可供比例原则落脚的方法论载体，而就抽象危险犯而言，能够担此重任的就是抽象危险犯的双层法益结构。具体而言，抽象危险犯的双层法益之间是手段与目的的关系，而比例原则是一项用于处理手段与目的关系的原则，二者具有同构性，能够在方法论上将二者予以结合：以双层法益之间的合比例关系来指导抽象危险犯的构成要件解释，从而达到规制抽象危险犯处罚范围的目的。

在司法实践中，以抽象危险犯来处罚那些明显侵害阻挡层法益且显然对背后层法益造成了抽象危险的行为，并不会被认为是不当扩大处罚范围。真正有必要规制的情形是那些侵害了阻挡层法益但尚不能确定对背后层法益是否造成了抽象危险（或者是两可的状态）的行为。对此，如果采取单层法益观，集体法益说会倾向于认为应当处罚此类行为，相反地，个人法益说会认为不应处罚此类行为。显然，原本的解释论问题在坚持单层法益观的情况下最终会归结为价值立场的选择问题。如果我们能够正视抽象危险犯保护双层法益的事实，并将比例原则引入双层法益内部，就能有效避免上述价值立场之争，以双层法益之间的合比例关系为指导理念，对抽象危险犯的构成要件进行解释，确保解释结论符合适当性、必要性以及均衡性原则的要求。

（一）适当性审查：处罚该侵害阻挡层法益的行为是否有助于保护背后层法益

诚如前述，根据适当性原则，只有当保护阻挡层法益有助于保护背后层法益时，才能在立法上设置抽象危险犯。为了实现该立法目的，在司法适用中，只有当处罚某一侵害阻挡层法益的行为有助于保护背后层法益时，才能认定该行为构成相应的抽象危险犯。反过来讲，如果处罚该行为无助于保护背后层法益，即便该行为在形式上符合相应抽象危险犯的行为特征，也不能认定为相应的抽象危险犯。

例如，在“深圳鹦鹉案”中，被告人王鹏将自己孵化的2只小太阳鹦鹉（系珍贵、濒危物种）出售给谢某。此后公安机关在王鹏住处查获各类珍贵、濒危鹦鹉45只。一审法院以非法出售珍贵、濒危野生动物罪判处王鹏5年有期徒刑，并处罚金3000元。^[37] 二审法院认为一审法院量刑畸重：虽然王鹏非法收购、出售野生动物情节特别严重，论罪应判处10

[35] 参见孙万怀：《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》，《政治与法律》2016年第3期，第17页以下；姜涛：《刑事立法阻却事由的理论界定与制度前景》，《中国法学》2015年第2期，第172页。

[36] 参见陈璇：《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》，《环球法律评论》2016年第6期；尹培培：《“诽谤信息转发500次入刑”的合宪性评析》，《华东政法大学学报》2014年第4期。

[37] 参见广东省深圳市宝安区人民法院（2017）粤0306刑初323号刑事判决书。

年以上有期徒刑，并处罚金或没收财产，但鉴于多数涉案鹦鹉系人工驯养繁殖，其行为的社会危害性相对小于非法收购、出售纯野外生长、繁殖的鹦鹉，故对王鹏可在法定刑以下量刑。后经最高人民法院核准，最终以非法收购、出售珍贵、濒危野生动物罪判处王鹏2年有期徒刑，并处罚金3000元。^[38]

本案涉及如何理解刑法第341条规定的非法收购、出售珍贵、濒危野生动物罪的构成要件。本罪的阻挡层法益是珍贵、濒危野生动物的管理秩序，背后层法益是珍贵、濒危野生动物资源。以适当性原则进行审查，只有当处罚被告人王鹏的行为有助于保护珍贵、濒危野生动物资源时，才能认定其行为构成本罪。反过来讲，如果被告人王鹏的行为不会对珍贵、濒危野生动物资源造成抽象危险，即使该行为违反了有关部门对珍贵、濒危野生动物资源的管理规定（即侵害了阻挡层法益），也不能当作本罪处理。反观本案，虽然涉案鹦鹉确系珍贵、濒危物种，被告人王鹏也的确有收购和出售的行为，但问题是王鹏出售的鹦鹉系由其人工孵化而来，该行为虽然侵害了阻挡层法益却没有给背后层法益造成抽象危险，处罚该行为实际上无助于保护珍贵、濒危野生动物资源。而且，从构成要件解释的角度看，人工驯养孵化的动物恐怕很难被看作“野生动物”，被告人王鹏收购珍贵、濒危野生动物加以圈养的行为、出售自己孵化的鹦鹉的行为，恐怕不仅不会危害野生动物资源，反而有可能促进该动物种群数量的增长。因此，本罪中的出售、收购行为应被限制解释为有可能危害珍贵、濒危野生动物资源的出售、收购行为，据此本案被告人王鹏的出售、收购行为不能被评价为成立本罪。

（二）必要性审查：处罚该侵害阻挡层法益的行为所造成的损害是否最小

除了符合适当性原则的要求，抽象危险犯的构成要件解释还应当符合必要性原则的要求，即只有当动用刑罚处罚某一侵害阻挡层法益的行为是保护背后层法益的最小损害手段时，才能将该行为认定为相应的抽象危险犯。如果适用非刑罚手段就足以保护背后层法益，就应当否定该行为的构成要件符合性。

需要说明的是，必要性原则不仅是立法原则也是司法适用原则。一直以来，理论上习惯于把必要性原则当作立法原则，而很少将处罚必要性作为构成要件解释的指导原则。但是，语言文字本身固有的模糊性使得抽象危险犯的法律规定在语义上将缺乏处罚必要性的行为也包括在内，尤其是在我国法定犯与自然犯被一并规定在刑法中的情况下，不少抽象危险犯形式的法定犯在法条的语义上就涵盖了一般的行政违法行为。^[39]在解释这类抽象危险犯的构成要件时，更应当严格遵守必要性原则，将那些运用民事或行政法律手段就能有效规制的抽象危险行为排除在犯罪圈之外。

例如，在赵春华非法持有枪支案中，被告人赵春华在经营射击游戏摊位时被公安机关当场查获9支枪形物，经鉴定其中6支是能正常发射、以压缩气体为动力的枪支。检察院遂以非法持有枪支罪起诉，一审法院以非法持有枪支罪判处赵春华3年6个月有期徒刑。^[40]二审法院考虑到涉案枪支均刚刚达到认定标准，且行为人的主观目的是从事经营等情节，

[38] 参见广东省深圳市中级人民法院（2017）粤03刑终1098号刑事判决书。

[39] 参见杜小丽：《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，第43页。

[40] 参见天津市河北区人民法院（2016）津0105刑初442号刑事判决书。

改判为3年有期徒刑，缓刑3年。本案一审判决引发社会公众的强烈异议，二审虽然改判缓刑，但大多数观点仍然认为本案不应定罪。有论者认为被告人赵春华缺少犯罪故意，^[41]有论者主张应以构成要件认识错误为由出罪，^[42]有论者认为应以违法性认识错误为由出罪，^[43]还有论者建议可以直接通过利益衡量出罪。^[44]大多数论者之所以认为被告人赵春华不应成立犯罪，一个重要的原因是处罚这类行为缺乏必要性。根据必要性原则的要求，只有当处罚某一侵害阻挡层法益的行为是保护背后层法益的最小损害手段时，才能将该行为解释为符合相应抽象危险犯的构成要件。而在本案中，被告人赵春华采购枪支的目的是用于经营射击游戏摊位，且涉案枪支均刚刚达到认定标准，尚不足以对人体（除眼睛等脆弱部位）造成直接伤害。对于此类案件只需采用行政处罚手段就足以达到保护背后层法益（即不特定或多数人的生命、身体、健康等法益）的目的，而没有必要动用刑罚手段。因此，基于必要性原则对抽象危险犯构成要件解释的指导作用，应当将非法持有枪支罪中的“枪支”限制解释为对人体具有杀伤力的枪支，从而在构成要件符合性的阶段否定被告人赵春华成立非法持有枪支罪。

（三）均衡性审查：处罚该侵害阻挡层法益的行为所保护的利益与所限制的自由是否均衡

以双层法益之间的合比例关系为指导，抽象危险犯的司法适用不仅要满足适当性原则和必要性原则的要求，还应当满足均衡性原则的要求。在司法适用中，法官应当结合个案的具体情节，综合判断处罚涉案行为所保护的利益与所限制的自由是否均衡，并以这一理念指导抽象危险犯构成要件的解释。当所限制的自由远大于所保护的利益时，就应当考虑否定行为的构成要件符合性。换言之，虽然某一涉案行为侵害了阻挡层法益且对背后层法益造成了抽象危险，但如果动用刑罚处罚该行为会极大地剥夺公民的行动自由，且被剥夺的自由远大于所保护的利益时，就不应认定该行为符合相应抽象危险犯的构成要件。

例如，在税启忠非法制造爆炸物案中，被告人税启忠一家世代以殡葬服务为业。根据当地殡葬习俗，税启忠在从事殡葬服务的过程中需引爆装有黑火药的小铁筒以发出巨响。为此，税启忠未经批准就以家用祖传方法制造黑火药一百余公斤，后被公安机关查获。检察机关以非法制造爆炸物罪起诉税启忠，税启忠辩称自己是沿用祖传方法制造殡葬用具。法院认为，被告人构成非法制造爆炸物罪，但考虑到税启忠一家世代以此为业、以此为生计，且其行为尚未造成严重的社会危害，故判处免于刑事处罚。^[45]

可以肯定的是，形式上符合“非法制造爆炸物”语义的行为有很多，但并非所有符合该构成要件语义的行为都必须当作犯罪来处理。因此，在判断涉案行为是否符合非法制造爆炸物罪的构成要件时，就需要以双层法益之间的合比例关系为指导，进一步明确在符合

[41] 参见邹兵建：《非法持有枪支罪的司法偏差与立法缺陷——以赵春华及22个类似案件为样本的分析》，《政治与法律》2017年第8期，第122页。

[42] 参见江溯：《规范性构成要件要素的故意及错误——以赵春华非法持有枪支案为例》，《华东政法大学学报》2017年第6期，第51页以下。

[43] 参见王钢：《非法持有枪支罪的司法认定》，《中国法学》2017年第4期，第84页以下。

[44] 参见张勇、李紫阳：《利益衡量方法在刑事裁判中的合理适用——以“赵春华非法持有枪支案”为例》，《法律适用》2018年第4期，第7页以下。

[45] 参见四川省成都市温江区人民法院（2005）温江刑初字第116号刑事判决书。

构成要件语义的行为中哪些行为值得动用刑罚。非法制造爆炸物罪的阻挡层法益是爆炸物的管理秩序,背后层法益是不特定或者多数人的生命、身体、财产安全。以适当性原则审查,处罚税启忠未经批准制造黑火药的行为的确有助于保护不特定或者多数人的生命、身体、财产安全。以必要性原则审查,动用刑罚处罚这类行为也具有一定的必要性。但问题是,具体就本案而言,如果动用刑罚处罚税启忠,很可能会破坏当地长久沿袭的殡葬习俗,再考虑到税启忠一家世代从事该职业的情况,那么很难说处罚税启忠能够通过均衡性原则的审查。

以上述理念为指导,可以限制解释刑法第125条规定的非法制造爆炸物罪的构成要件。一方面,不能只在“未经许可”的意义上理解“非法制造”,而是可以考虑将“非法制造”限制解释为制造行为未经许可且有侵害公共安全的故意。另一方面,不能只在物理意义上理解“爆炸物”,而是可以考虑将“爆炸物”限制解释为在特定场合确实对公众的生命、身体、财产安全有危险的爆炸物,以排除像本案这种在特定场合做特定用途的爆炸物也符合非法制造爆炸物罪中“爆炸物”这一构成要件要素的可能性。

需要说明的是,自由保障与法益保护的均衡性考察并不是抽象的论理过程,而是需要结合个案的具体情节进行综合判断。这是因为不同个案所牵涉的利益并不相同,在此个案中均衡性原则的审查可能偏向自由保障一端,在彼个案中则可能偏向法益保护一端。

综上可知,司法者在解释和适用抽象危险犯时,不能形式地、机械地理解构成要件,而应以双层法益之间的合比例关系为指导,对抽象危险犯的构成要件进行解释。由此衍生出三条解释论标准:首先,只有当处罚某一侵害阻挡层法益的行为有助于保护背后层法益时,才能认定该行为符合相应抽象危险犯的构成要件(适当性审查);其次,只有当处罚某一侵害阻挡层法益的行为是保护背后层法益的最小损害手段时,才能认定该行为符合相应抽象危险犯的构成要件(必要性审查);最后,只有当处罚某一侵害阻挡层法益的行为所保护的利益与所限制的自由相对均衡时,才能认定该行为符合相应抽象危险犯的构成要件(均衡性审查)。

结 论

抽象危险犯天然具有扩张处罚范围的倾向。在抽象危险犯的问题上坚持单层法益观,不仅无助于限制抽象危险犯的处罚范围,反倒会使其陷入悖论式困境。为此,有必要从单层法益观转向双层法益观,正视抽象危险犯既保护阻挡层法益也保护背后层法益的双层法益结构。从法益内容看,阻挡层法益是集体法益,背后层法益是个人法益;从法益性质看,阻挡层法益是后设的秩序型法益,背后层法益是先验的利益型法益;从行为的侵害方式看,抽象危险犯对背后层法益只有抽象危险,但其对阻挡层法益造成了实害;从法理基础看,阻挡层法益的观念基础是预防刑法观,背后层法益的观念基础则是自由刑法观。这一系列特征决定了抽象危险犯的双层法益之间既不是择一关系也不是并列关系,而是手段与目的的关系:保护阻挡层法益只是手段,保护背后层法益才是目的。

正是上述手段与目的的关系使双层法益结构得以成为以比例原则规制抽象危险犯的方法论载体。将比例原则引入双层法益内部,可以实现双层法益在功能上的优势互补,最终

达到法益概念的立法批判机能与解释指导机能之间的均衡，进而实现对抽象危险犯的立法与司法规制。在立法层面，只有通过以下三个环节审查的抽象危险犯立法才具有正当性：（1）适当性审查：保护阻挡层法益有助于保护背后层法益；（2）必要性审查：动用刑罚保护阻挡层法益是保护背后层法益的最小损害手段；（3）均衡性审查：双层法益之间的“距离”适当。在司法层面，在解释相应抽象危险犯的构成要件时，应以双层法益之间的合比例关系为指导，确保解释结论符合以下三个标准：（1）适当性标准：动用刑罚处罚某一侵害阻挡层法益的行为有助于保护背后层法益；（2）必要性标准：动用刑罚处罚某一侵害阻挡层法益的行为是保护背后层法益的最小损害手段；（3）均衡性标准：动用刑罚处罚某一侵害阻挡层法益的行为所保护的利益与所限制的自由相对均衡。

Abstract: Abstract potential damage offense protects two layers of legal interests; the barrier layer of legal interests, which is a kind of collective legal interests, and the back layer of legal interests, which is a kind of individual legal interests. The former is a kind of post-set order, while the latter is a kind of pre-existing interest; abstract potential damage offense causes only abstract potential damage to the back layer of legal interests, but it causes actual harms to the barrier layer of legal interests. The foundation of the barrier layer of legal interests is the concept of preventive criminal law, while the foundation of the back layer legal interests is the concept of liberal criminal law. This series of characteristics have determined that the relationship between the two layers of legal interests is neither alternative nor parallel, but a kind of “means-purpose” relationship, that is, protecting the barrier layer of legal interests is only the means of protecting the back layer of legal interests, which is the purpose. It is this “means-purpose” relationship that enables the double-layer legal interests to become the methodological carrier of the principle of proportionality and to be introduced into the criminal law system. By introducing the principle of proportionality into the double-layer legal interests, the goal of legislative and judicial regulation of abstract potential damage offense can be achieved. In legislation, a new abstract potential damage offense can be introduced into the criminal law only when the double-layer legal interests conform to the principle of proportionality, and in judicial practice, when explaining the constituent elements of abstract potential damage offense, the “proportional double-layer legal interests” should be taken as the guidance to ensure that the conclusion of interpretation conforms to the principle of proportionality.

Key Words: abstract potential damage offense, two layers of legal interests, principle of proportionality
