

轻罪治理实践下危险作业罪的认定

兼论具体危险犯的结果归责

金 燧*

摘要 危险作业罪属于具体危险犯形式的结果犯,其主观方面表现为过失,客观方面表现为发生重大伤亡事故或其他严重后果的现实危险。规范论视域下危险作业罪的结果归责判断流程分为“现实危险的创设”和“现实危险的实现”两个阶段,即在事前结合义务违反行为和危险信号的等级确定现实危险的表征,在事后通过规范保护目的关联和危险回避可能性关联来排除不值得归责的情形。危险作业罪的设立,并非要涵摄所有违反“有关安全管理规定”的行为,而是旨在规制实践中多发易发的三类严重违法违规并实质性危害公共安全的行为。在轻罪治理实践下,司法机关既要克制大量轻微违法行为入罪的刑罚冲动,也要防止危险作业罪沦为从轻发落的避风港,应结合危险作业罪的特征和成因“因材施教”,实现治罪与治理的统一。

关键词 危险作业罪 过失 现实危险 规范保护目的 轻罪治理

一、问题的提出

危险作业罪是我国2020年《刑法修正案(十一)》新增的罪名,主要规制的是生产、作业中违反有关安全管理规定,具有发生重大伤亡事故或其他严重后果的现实危险的行为。该罪的设立,体现出刑法从事后规制向事前预防的立法理念转变,进一步加强了对劳动者生命财产安

* 北京邮电大学人文学院讲师。本文系教育部人文社科项目“数字时代涉案财物处置实体规则的体系化建构”(项目编号:23YJC820015)和中央高校科研经费项目“自动驾驶汽车致害的刑事责任研究”(项目编号:2023RC39)的阶段性研究成果。

全的保障。虽然危险作业罪自设立以来得到了较为广泛的应用,但对该罪的理解和适用,目前还存在诸多疑问。

首先,在危险作业罪的不法构造方面:主观上,该罪究竟是故意犯还是过失犯?实务中的立场比较暧昧。从已公开的案件判决来看,法官对主观罪过的描述大多为“对违反生产、作业中有关安全管理规定的‘明知’”。然而,违反前置法的明知能否等同于构成要件的主观故意?还存在疑问。客观上,成立该罪要求具有发生重大伤亡事故或其他严重后果的“现实危险”,实务中对此存在形式化认定的倾向,即通过“未经依法批准或许可”“关闭、破坏直接关系生产安全的设备设施”“存在重大事故隐患”,就径直推断现实危险的存在。于是,要如何理解危险作业罪的不法构造?既实现刑法对法益的周延保护,又防止其沦为社会防卫的工具,就成为本文要回答的第一层问题。

其次,在危险作业罪的司法适用方面:该罪的法定最高刑为一年有期徒刑,属于典型的轻罪。在《刑法修正案(十一)》出台之前,由于生产事故类犯罪都是实害犯,在损害结果尚未发生时,具有相同性质的危险作业行为要么以更为严重的罪名立案,^[1]要么仅施以行政处罚,而在修正案颁布之后,大多以危险作业罪论处。可见,增设危险作业罪不仅实现了立法扩容,同时降低了入罪门槛。但值得思考的是:该罪在刑法中具有怎样的体系地位和功能?为了防止危险作业罪成为新的口袋罪名,要如何实现业务危险行为“轻重分流”“罚当其罪”?这是本文要处理的第二层问题。

最后,在危险作业罪的社会治理方面:犯罪主体的安全责任意识淡薄、贪图不正当利益以及单位的管理体制缺陷,是危险作业行为的主要诱因,单纯对行为人课以监禁刑恐怕难以收到良好的犯罪预防效果。在轻罪治理实践下,如何实现对责任事故涉案主体的预防和改造?这是本文要回答的第三层问题。

二、过失犯视野下危险作业罪的主观方面

基本达成共识的是,危险作业罪是具体危险犯,属于结果犯的一种,其不法构造既包括行为不法,也包括结果不法。围绕危险作业罪的不法构造,目前争议较大的问题是:其一,在行为不法层面,危险犯是否存在过失的罪过形式,特别是在积极预防的刑法观影响下,此问题更加备受瞩目。有观点认为仅限于故意犯罪,^[2]有观点认为既可以是故意犯罪,也可以是过失犯罪,^[3]还有观点认为本罪是业务过失犯,是以重大责任事故罪为基础而订立的法益保护最前

[1] 包括第114条“以危险方法危害公共安全罪”、第125条第2款“非法运输、储存危险物质罪”、第225条“非法经营罪”、第285条“非法控制计算机信息系统罪”、第286条“破坏计算机信息系统罪”、第343条“非法采矿罪”等。例如,黄永起、黄婵海非法经营罪刑事二审判决书,广东省东莞市中级人民法院(2020)粤19刑终1157号。

[2] 参见钱小平:“积极预防型社会治理模式下危险作业罪的认定与检视”,《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第6期,第119页。

[3] 参见赵秉志主编:《〈刑法修正案(十一)〉理解与适用》,中国人民大学出版社2021年版,第83页。

端立法；〔4〕其二，在结果不法层面，危险作业罪将事故类犯罪的处罚阶段适当前移，在具有发生重大事故或其他严重后果的现实危险时即予以处罚。可见，对危险作业罪主观方面和“现实危险”的判断，是厘清罪与非罪、此罪与彼罪的前提，本部分将对第一个问题予以说明。

（一）故意说的立场解析

持故意说的学者主要从四个方面展开论证：

1. 从罪刑法定的角度来看，《刑法》第15条第2款规定“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”，但是《刑法》第134条之一的规定中并不存在任何表明过失的用语。“法律有规定”可以有两种解释：一种是明文规定说，即法条中明确使用“过失”“疏忽”“失火”等表述；一种是文理规定说，即法条中虽然没有明文规定，但根据隐含的文理，能够合理认为法律规定了过失犯的构成要件。〔5〕比如事故类犯罪中“致使发生……事故”的表述，或者渎职类犯罪中“严重不负责任”等表明过失的用语。然而，无论是明文规定还是隐含文理，危险作业罪都不符合“法律有规定”的要求，如果强行将其认定为过失犯，将必然架空罪刑法定的基本原则，导致过失犯处罚的任意性。

2. 行为人是在主观明知的认识下实施的违规行为，则对构成要件结果也应当有所认识。妨害传染病防治罪与危险作业罪均属具体危险犯，同样也存在主观罪过方面的争议，黎宏就认为“从本罪的实行行为来看，多半是明知故犯，说行为人在行为时对自己可能引起的后果没有认识，是难以想象的”。〔6〕也有学者提出了更为实质的理由：由于刑法将过失犯的实行行为单独予以评价，意味着对行为的社会危害性也进行了重新评价，从秩序不法转变为了刑事不法，从规范违反的故意转为了刑法上的故意。〔7〕

3. 少数学者将过失危险犯作为行为犯而非结果犯，从过失犯原则上不处罚未遂的角度出发，认为在将业务过失犯的行为犯罪化时，只能设置为故意危险犯。譬如陈兴良就将“现实危险”作为行为要素而非结果要素，认为就危险作业罪与重大责任事故罪之间的关系而言，前者是基本犯，后者是加重犯，危险作业罪是业务过失犯的行为犯罪化，将其设置为故意危险犯，是刑法保护前置化的一种特殊表现形态。〔8〕

4. 从我国法律体系中行政处罚与刑事处罚的二元制裁体系出发，由于我国刑法中规定的犯罪只是相对于其他国家刑法典中的重罪和部分轻罪，因而给行政处罚留下了较大空间。我

〔4〕 参见冀洋：“公共安全刑事治理的教义学评析——以《刑法修正案（十一）》为例”，《法学论坛》2021年第5期，第78页。

〔5〕 参见张明楷：“危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷”，《政法论坛》2012年第6期，第134页。

〔6〕 黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第845页。

〔7〕 参见钱小平，见前注〔2〕。

〔8〕 参见陈兴良：“公共安全犯罪的立法思路嬗变：以《刑法修正案（十一）》为视角”，《法学》2021年第1期，第46页。

国刑法中的故意危险犯本就数量极少,对于过失危险行为,一般按照行政违法予以处罚即可。^[9] 如果将过失行为所导致的危险状态也纳入构成要件,将有扩大过失犯罪认定的危险,有违刑法的谦抑性。^[10]

(二)过失说的观点证成

本文认为,故意说并没有准确把握危险作业罪的不法构造,从体系解释的角度,不仅会造成不同犯罪之间刑罚配置的明显失衡,在刑事政策的效果方面,也难以对危害安全生产犯罪实施有效的预防。

1. 将危险作业罪认定为过失犯并不违反罪刑法定原则。罪刑法定原则中的“法”不是指刑法条文而是刑法规范,也即行为规范和制裁规范。行为规范描述了构成要件行为,制裁规范规定了违反行为规范后的法律后果。至于规范和法律条文之间的关系,学界大致延续了宾丁时期的理解,认为规范并非刑法条文本身,而是从实体刑法中抽象出来的具有约束力的应然表述,表现为一种禁止或诫命。^[11] 由于行为规范的射程范围仅限于制造客观危险的行为,构成要件结果和主观故意属于制裁规范的范畴,^[12]因此在立法安排上,有时行为规范与罪名之间是严格对应的关系,但根据行为人不同的主观心态(故意或过失)和结果形式(实害结果或危险结果),同一行为规范也完全可能对应两个甚至多个罪名。比如在“你不得杀人”这一行为规范指引下,《刑法》分别规定了第232条“故意杀人罪”和第233条“过失致人死亡罪”;在“你不得放火”这一行为规范之下,《刑法》第114条和第115条分别规定了“放火罪”的行为犯和结果犯。

曾有学者提出类似的质疑,如果将危险作业罪解释为过失犯罪,就会缺乏对应的故意犯罪。^[13] 在同一行为规范之下,立法者要处罚过失犯,固然更应当处罚相应的故意犯,但这并不意味着要有与过失犯相对应的罪名,而是可以通过其他罪名予以处罚。^[14] 虽然危险作业罪没有分别规定故意犯和过失犯的条款,但在“你不得实施危险作业”这一行为规范之下,如果行为人故意实施危险作业行为并造成实害结果的,可能构成第115条第1款“以危险方法危害公共安全罪”;如果行为人故意实施危险作业行为并造成危险结果的,可能构成第114条“以危险方法危害公共安全罪”、第125条“非法运输、储存危险物质罪”和第225条“非法经营罪”等;如果行为人过失实施危险作业行为并造成实害结果的,可能构成第134条第1款“重大责任事故罪”;当行为人过失实施危险作业行为并造成危险结果的,才符合第134条之一“危险作业罪”的构成要件。

[9] 参见陈兴良:“过失犯的危险犯:以中德立法比较为视角”,《政治与法律》2014年第5期,第13—14页。

[10] 参见王志祥、马章民:“过失危险犯基本问题研究”,《河北法学》2005年第5期,第71—72页。

[11] Vgl. Rainer Zaczky, Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, GA 2014, S. 73, 80.

[12] Vgl. Pepe Schladitz, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 277.

[13] 参见陈兴良,见前注[9],第13页。

[14] 参见骆群:“过失危险犯有限肯定论”,《中国刑事法杂志》2022年第6期,第34页。

由此可见,我们应该对《刑法》第15条第2款“法律有规定”做缓和的实质解释。危险作业罪的行为规范出于法益保护的目,命令行为人“不得实施危险作业行为”,制裁规范为保障行为规范的效力,对过失造成现实危险的行为配备了与其不法程度相当的法定刑,从而区别于更为严重的故意犯和实害犯。此种理解完全符合规范的保护目的,并不违反罪刑法定原则。

2. 故意说将违反前置法的明知等同于构成要件的故意,忽略了对主观方面的审查。一方面,“明知”不等于“故犯”。理论上主观故意是由认识要素和意志要素组成,这两者应当分别独立评价,不能因行为人明知违反安全管理规定的行为可能造成危险结果,就认为其希望或放任结果发生,两者没有必然的因果联系。换言之,无法用认识因素去证明意志因素。^[15] 比如,重大责任事故罪是公认的过失犯罪,但不可否认,行为人违反有关安全管理规定的心态却是明知的。实际上,行为人从事危险作业罪三种行为方式的目的,是为了追求经济利益或者掩盖事实真相,而非追求“重大伤亡事故或者其他严重后果”。另一方面,有学者认为危险作业罪是在重大责任事故罪的基础上,对过失犯实行行为的单独评价。^[16] 但此观点并没有解释清楚,为何当刑法提前介入时,行为人就“从秩序不法转变为了刑事不法,从规范违反的故意转为了刑法上的故意”,或许正是由于不当地将危险作业罪视为行为犯,才会认为只有故意实施具有现实危险的实行行为时方才具有可罚性。事实上,危险作业罪与重大责任事故罪具有完全相同的客观业务行为流程,对主观心态也应该保持同一属性的理解,两者均故意违反了前置法规,但反对危害结果的发生。^[17] 行为人在同一危险作业行为中不会存在两种心态,只是刑法介入的阶段不同而形成了两种犯罪。

3. 从危险作业罪的不法构造出发,本文主张危险作业罪是过失结果犯而非故意行为犯。无论是德日还是我国刑法学界的通说观点,采取的都是一种广义的结果概念,既包括对保护法益所造成的实害结果,也包括造成侵害的具体危险。^[18] 即便过失的抽象危险犯因有违刑法谦抑性而备受质疑,但就过失的具体危险犯而言,已然与结果犯相距甚微。危险不是行为做出后的主观想象,而是独立于行为之外的客观事实,是在时间和空间上介于危险行为与实害结果之间的一种状态,表明了对法益的侵害可能性。从经验上看,危险行为持续的时间越长,危险现实化的可能性越高,现实化后造成的后果就越严重,总体上呈现出从“抽象危险—具体危险—侵害结果”的发展流程。就危险作业罪而言,当行为人违反有关安全管理的规定时,所创设的仅仅是一种针对保护法益的抽象危险,只有随着时空条件继续向前演进,当风险升高到现实紧迫、一触即发的程度时,才能满足本罪构成要件的要求。这种脱离于义务违反行为而存在的、可以归责于该行为并表明对法益造成具体危险的事实或状态,无疑应当属于构成要件结果而非行为,以危险作业罪属于行为犯为由来否定其过失罪责,并不合理。

[15] 参见邹兵建:“‘明知’未必是‘故犯’论刑法‘明知’的罪过形式”,《中外法学》2015年第5期,第1369页。

[16] 参见钱小平,见前注[2]。

[17] 参见冀洋,见前注[4],第78—79页。

[18] 参见(德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2016年版,第358页;张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第221页。

4. 将危险作业罪理解为过失犯更能妥善处理本罪与其他危害公共安全犯罪之间的关系。如果将危险作业罪视为故意犯罪,不仅会导致该罪适用范围的泛化,还会造成刑罚配置的明显失衡。首先,如果危险作业罪是故意犯罪,相应的未遂犯、教唆犯也会受到处罚,而如果认定为过失犯,则不存在这样的问题,有助于限制该罪的打击范围;其次,危险作业罪的三种法定行为方式往往与以危险方法危害公共安全罪,非法运输、储存危险物质罪,非法采矿罪,非法控制计算机信息系统罪等犯罪发生竞合,在《刑法修正案(十一)》颁布之前,故意实施上述犯罪的法定最高刑至少为三年有期徒刑,而修正案颁布之后,司法实务中情节较轻的通常被认定为危险作业罪。只有将该罪认定为过失犯罪,才不会存在以“轻罪”替代“重罪”之嫌。最后,破坏交通工具罪、破坏交通设施罪等也属于故意的具体危险犯,同危险作业罪一样,危险一旦现实化都会给公共安全带来巨大的损害,实害结果差别不大。然而,破坏交通工具罪、破坏交通设施罪的法定最低刑为三年有期徒刑,但危险作业罪的法定最高刑才一年有期徒刑,如果危险作业罪是故意犯罪,则会导致罪刑不相均衡。

三、规范论视阈下现实危险的判断方法

危险作业罪在立法过程中,全国人大常委会曾反复强调要将那种特别危险、极易导致结果发生的重大隐患行为列入犯罪,而不能将一般的、数量众多的其他违反安全生产管理规定的行为纳入刑事制裁。^[19]但碍于实践中“现实危险”的表现形式复杂多样,2022年《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释(二)》(下文称《生产安全解释(二)》)并没有给出具体解释,而是希望从典型案例中总结实践经验。本文通过梳理北大法宝所能查询到的85起危险作业罪案件,发现目前只有部分公诉机关和法院提及了“现实危险”的参考要素,比如结合周边环境(是否紧邻人口密集区、群众生活区)、^[20]行为人是否多次实施、^[21]是否存在触发因素,^[22]以及是否已经出现重大险情(比如出现冒顶、渗漏现象)等事实情况加以考虑,但大部分判决中都没有论证何为“现实危险”,仅通过客观上“未经依法批准或许可”“关闭、破坏直接关系生产安全的设备设施”“存在重大事故隐患”,就径直推断现实危险的存在,或者将专家意见直接作为刑事裁判中认定现实危险的依据。

这一实证结论恐怕与最高立法与司法机关的期待还有差距。对于危险作业罪中“现实危险”的判断,有学者采取“生活经验法”,即结合危险作业区的客观环境和已出现的重大危险的初步迹象,从一般人的生活经验法则来判断。^[23]有学者采取“足以判断法”,即危险状态向重大安全生产事故的转化已经具备了充分条件,若没有外界因素介入就会顺其自然地产生严重

[19] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法立法精解(上)》,中国检察出版社2021年版,第287页。

[20] 参见潘飞龙危险作业罪一审刑事判决书,浙江省玉环县人民法院(2021)浙1021刑初639号。

[21] 参见栗同明危险作业罪刑事一审判决书,河南省息县人民法院(2022)豫1528刑初189号。

[22] 参见汤颀麟危险作业罪刑事一审判决书,湖南省沅陵县人民法院(2022)湘1222刑初301号。

[23] 参见黎宏:“安全生产的刑法保障——对《刑法修正案(十一)》相关规定的解读”,《中国刑事法杂志》2021年第2期,第41页。

后果。^[24] 还有学者采取“原因倒推法”，即之所以没有最终发生重大严重后果，有的是因为被及时制止了，有的是因为开展了有效救援，有的完全是因为偶然性的客观原因。^[25]

实务与学界的观点对于推进现实危险认定的精细化具有重要贡献，值得借鉴，但也存在两点不足：其一，过度依靠行政处罚的结论或者行政检查阶段的专家意见，未将专业判断与法律评价有机结合，导致现实危险的内涵虚化，危险作业罪实际上从具体危险犯沦为了抽象危险犯；其二，现实危险的判断要素多呈耦合式分布，既缺少相应的判断层级和顺序，也缺乏有效的排除机制，导致实际操作中判断要素的选择较为随机，影响了司法效率和公正。现实生活的多样性固然可以提供丰富的素材，但如果无法对“现实危险”进行规范化的理解，也难以对这些素材加以体系性的思考。因此下文将通过具体危险内涵的梳理，明确危险作业罪中“现实危险”的判断层级和步骤，这是正确认识和适用此罪的重中之重。

（一）危险理论的发展概述及规范性判断流程的提出

危险理论经历了从主观到客观、从事实到规范的发展历程。作为传统的大陆法系国家，早期德国受主观未遂论的影响，持主观危险说，认为危险是人所从事的一种主观判断。^[26] 但随着形而上学向实证主义时代大步迈进，建立在观察、实验和寻找规律基础上的研究范式变得流行，客观危险说开始兴起并逐渐成为通说。客观危险说认为，刑法上的危险是一种未来发生法益损害的客观可能性。^[27]

以客观危险说为基础，德国实务部门主要以损害发生的“密接可能性”作为个案中判断具体危险存在与否的标准。至于何为“密接可能性”？最高法院最初的见解与帝国法院时期基本保持一致，均采用“优势可能性”或者“损害的发生比起不发生更有可能”公式来解释。^[28] 但这种解释方法存在如下缺点：一是暗含着数值上的概率计算，实际上并不可行。没有理由认为当损害发生的可能性是 51% 就应肯定具体危险存在，而当损害发生的可能性为 49% 时就应当予以否认。事实上也很难为外界阻止危害发生与促进危害发生的危险要素设定一个系数，更难言制定一项普遍遵守的危险计算准则。^[29] 二是有可能违背法律规定，将具体危险犯当作抽象危险犯来处理。根据距离实害结果发生的远近，可以划分出抽象危险和具体危险，两者都意味着发生结果的可能性，但两者之间并没有一条明确的界限，采取“优势可能性”标准很有可能将尚不足以构成具体危险的行为（仅是行政违法）认定为犯罪，从而违反了罪刑法定原则。

鉴于上述缺点，1963 年以后德国最高法院便修订了“密接可能性”的见解，在判决中明确表示拒绝使用客观的统计学方法来判断具体危险。^[30] 随后，采纳了学者彼得·克拉默（Peter

[24] 参见钱小平，见前注[2]，第 117 页。

[25] 参见喻海松：《实务刑法评注》，北京大学出版社 2022 年版，第 505 页。

[26] 参见黄荣坚：“论行为犯”，载黄荣坚：《刑罚的极限》，台湾元照出版公司 2002 年版，第 230 页。

[27] Vgl. v. Kries, Über die Brgriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW 4 (1889), S. 533.

[28] Vgl. BGHSt 13, 66; RGSt 61, 362(364).

[29] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 115.

[30] Vgl. BGHSt 18, 271 (272 ff.)

Cramer)所主张的偶然性标准。“偶然性”是指,危险过程不具备可支配性。^[31] 具体而言,当行为人不能支配自己所制造的事态的发展,导致法益客体的安全性受到严重威胁,以至于损害是否发生全部取决于偶然时,就符合“偶然性”的特征。^[32] 譬如,如果是由取得相应危险物品运输资质的驾驶者来运输危险化学品,则可能被认为是没有危险的,但若是由缺乏相关知识、技能和许可的一般人来从事该项工作,则会被认为是高度危险的,因为其不具备危险支配的能力,通常情况下都会发生危害后果,结果侥幸没有发生只能是由于偶然因素。迄今为止,偶然性标准在我国台湾地区仍占据一席之地,当不特定或特定多数人纳入危险领域,进而到了法益侵害的不发生全凭偶然的程度时,就可以初步肯定危险的存在。^[33]

然而,随着偶然性标准进入实务判决,其弊端也逐渐显现,主要表现为:一是“偶然性”的内涵不明。它无法以普遍有效的方式被确定,因而具有事实上而非法律上的性质。^[34] 学界对“偶然性”的理解也逐渐从事实上的“不可支配性”,向规范上的价值判断转向。譬如,贝尔德·许乃曼(Bernd Schünemann)主要是以“信赖”为中心,去评价个案中不同的“救助原因”,若只能依靠客观上无法预见的因素才能使法益免受侵害,则是不能信赖的,因而也是危险的。^[35] 乌尔斯·金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)进一步发展了“信赖”的基准,他认为信赖与否不是行为人的主观选择,而是产生于体制性要素。亦即,对于危险结果偶然没有发生的判断,要看陷入危险状态的法益是否落在社会用以防止法益受侵害的各种制度与设备的规划与安排之内。^[36] 学界对“偶然性”内涵理解的多样性,恰好说明其并非一个明确、可行的标准。二是“偶然性”的判断视角不明。如果沿用纯粹客观的危险概念,从事后看只要结果未发生危险就不存在,因为任何结果的不发生都是有原因的,事前以为是偶然发生的情况,事后看都属于必然,如此一来,所谓的偶然性标准也将形同虚设。学界大多采取事前视角来判断具体危险,但这又在一定程度上丧失了用裁判时所能取得的全部事实材料来论证危险判断正确性的机会。三是“偶然性”过度简化了具体危险的判断层次和标准。危险何以从抽象危险发展到具体危险的程度,具体危险又如何能够满足构成要件结果的要求,仅以“偶然性”实在难以概括和说明,这只会造成解释结论远远超越了“偶然性”一词文义所能涵盖的范围。

近年来,有一种将规范的危险概念与客观归责理论相结合的观点备受瞩目。众所周知,客观归责理论是为结果犯量身定制的归责方法,而具体危险犯在性质上也是一种结果犯,这意味着具体危险犯与实害犯的不同之处不在于所适用的归责方法,而是归责对象从“侵害结果”变成了“危险结果”。据此,尤尔根·沃尔特(Jürgen Wolter)建构起了具体危险犯的客观归责理

[31] Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1993, S. 3212.

[32] Vgl. Cramer, in: Schönke-Schröder, StGB, 24. Aufl., 1991, vor § 306, Rn. 5.

[33] 参见简至鸿:“妨害公众运输交通工具往来安全罪之行为类型与危险判断——兼评最高法院 102 年度台上字第 3977 号刑事判决”,《裁判评析》2016 年第 12 期,第 124 页。

[34] Vgl. BGHSt 18 (Fn. 31), 271 (272 ff.)

[35] Vgl. Schünemmn, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeiten und Gefährdungsdelikt, JA 1975, S. 796 f.

[36] Vgl. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 201 ff. u. 214.

论,亦即考察行为人所创造的“行为危险”是否已经在“危险结果”中实现。^{〔37〕} 具体而言需要经过两次相当性判断:第一次是去判断行为人是否已经对法益客体创设了相当的行为风险,如果该风险不存在,即便此后发生了危险结果,此行为仍不是客观上可归责的行为。第一阶段相当性判断应采取行为时的事前视角,所针对的是抽象的构成要件结果。在肯定行为人已经创设“相当的行为风险”之后,第二阶段再审查行为人所创设的风险是否已经在“危险结果”中实现,此阶段旨在观察抽象的行为风险随着因果进程逐渐发展为具体危险结果的过程,从而判断将危险结果归责于风险创设行为是否相当,因此采取的是裁判时的事后视角。^{〔38〕}

由此可见,作为构成要件结果的具体危险状态,通常具有双重面向:一方面,危险是发生危害的预测可能性,应当站在事前视角观察危险从“抽象危险”到“具体危险”的发展进程,从而判断行为人是否违反了客观注意义务以及危险是否达到紧迫现实的程度。另一方面,“具体危险”又属于结果的范畴,往往需要一定的事后观察(结合事后所能取得的全部事实材料),用以判断义务违反行为与现实危险之间的规范关联性。与许乃曼、金德霍伊泽尔等学者的观点相比,“两阶段判断法”最大的不同便是强化了事后判断的重要性,将可能的危险结果排除状态也考虑在内。从相当性理论发展出来的归责理论构建了整个规范归责学说的基础,本文将在沃尔特的基础上,将具体危险的判断流程分为“现实危险的创设”和“现实危险的实现”两阶段,并在各阶段项下分别设置具体的判断规则。

如图1所示,一方面,“现实危险的创设”体现出行为不法,需要从事前视角进行观察,只有当行为违反了使法益免受或者少受侵害而设置的行政法规,从而创设出抽象危险,并且该危险在继续向前发展的过程中,危险信号达到了表征现实危险的程度时,才能够肯认现实危险的实质性内容;另一方面,“现实危险的实现”体现出结果不法,需要从事后视角进行观察,只有同时满足了危险行为与结果之间的危险实现关联性时(规范保护目的关联和危险回避可能性关联),才能够排除那些不值得归责的情形。该规范性方法结合了事前与事后两种视角,明确了危险判断的层级和步骤,下文将结合图1所示予以详述,希冀为实务部门提供行之有效的操作指南。

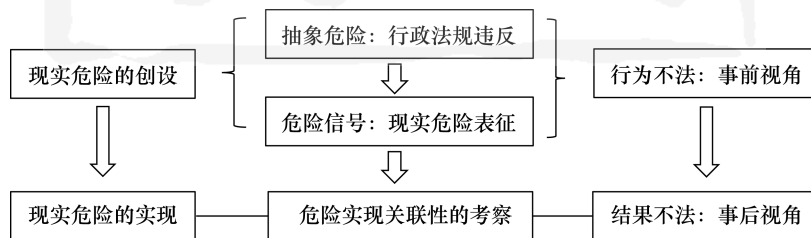


图1 现实危险的判断流程

〔37〕 Vgl. Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 217 ff.

〔38〕 Vgl. Wolter (Fn. 37), S. 224 ff.

(二)“现实危险”的创设

在客观归责理论中“创设法不容许的风险”与“行为规范违反”紧密相关,行为人一般“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”,便会被认为创设出对于保护法益的抽象危险,现实危险则存在于抽象危险创出后的延长线上。但值得注意的是,行政法规的内容繁多庞杂、规范目的多元,行政法规能否等同于刑法上的行为规范或注意义务,违反行政法规的行为是否都创设出法不容许的风险?还存在疑问。此外,抽象危险发展到何种程度才能被认定为现实危险,如何从事前予以积极地认定?也值得进一步研究。

1. 抽象危险的认定:违反行政法规

行政法规几乎考虑了社会生活领域所有能够预想到的危险类型,在我国早期的研究当中,行政规范普遍被作为刑法中注意义务的渊源和根据,^[39]实务中,将行政法规直接作为刑法上注意义务的现象也较为常见,这在交通犯罪领域表现得尤为明显。但这一做法受到诸多诟病,最关键的理由在于行政法规与刑法的规范保护目的存在明显的区别,近年来,反对将行政法规所确立的义务直接等同于刑法上注意义务的观点日益成为主流。^[40]行政规范的目的的是多元化的,除法益保护之外,还需要维护行政管理秩序,甚至是将美学、财政或其他因素也作为考量对象。正因为行政法规中这些“过度”的义务要求,才使得刑法必须重新定义抽象危险的内涵,而不是照搬行政法规上的判断标准。

刑法的目的在于保护法益,行政法规中的义务要被评价为刑法规范中的义务,“法益”是不可或缺的桥梁。有学者根据行政法规对避免构成要件结果所发挥的作用,将其分为两大类,^[41]一类与避免构成要件结果无关,包括:①为保护行为人而设置的规范,比如应为从业人员提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品,行为人在施工过程中没有佩戴头盔,虽然给自身安全带来极大隐患,但并没有对公共安全造成影响;②单纯为确保行政管理而设置的规范,比如生产经营单位的管理人员要如实记录安全生产教育和培训的情况。由于未如实记录并不会威胁到法益,因此不构成刑法上的注意义务违反。另一类是与避免构成要件结果相关的行政法规,包括:①为了避免法益遭受侵害而设置的规范,比如禁止生产经营单位违章指挥、强令冒险作业;②最初为确保行政管理而设立,但后已转化为具有避免法益侵害效果的规范,比如涉及安全生产的事项需要审查批准,未经依法批准擅自从事生产、经营、运输、储存、使用危险物品或者处置废弃危险物品的,可能给公共安全造成极大危险。总之,行为人所违反的行政法规需要以避免个罪中法益侵害结果为目的,才能被评价为刑法上的注意义务。

违反行政法规的生产作业活动并不等同于危险的生产作业活动,如果该法规与避免构成要件的结果无关,则不可被视为创设出对法益的抽象危险。就危险作业罪而言,本罪有三种法

[39] 参见姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第289页。

[40] 参见张明楷:“交通肇事的刑事责任认定”,《人民检察》2008年第2期,第5页;周光权:“风险升高理论与存疑有利于被告原则——兼论‘赵达文交通肇事案’的定性”,《法学》2018年第8期,第76页。

[41] 参见王海涛:“行政规范之违反与过失实行行为之认定——基于新过失论的阐释”,《法学研究》2014年第2期,第163—165页。

定行为类型,分别脱胎于2021年新《安全生产法》第99条、第100条和第102条的规定,同时也是2015年的《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(下文称《生产安全解释(一)》)所规定的三种从重处罚情节,具体包括:①关闭或破坏直接关系安全生产的设备,篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息;②存在重大事故隐患而拒不消除危险;③未经依法批准或许可,擅自从事高度危险的生产作业活动。

针对类型一,由于安全生产的设备设施能够起到及时预警、全程监测、故障分析、风险研判等作用,对于防范安全生产事故而言具有优于人力、科学高效的特点。行为人在生产、作业中故意关闭、破坏直接关系安全生产的设施设备,或者在已发现危险的情况下故意修改设备阈值、破坏监测设备正常工作条件,将导致危险在发展和现实化过程中无法被及时发现和阻断,属于典型的抽象危险创出的行为。

针对类型二,安全生产设备、设施和安全生产条件,从业素质或者相应资质,安全生产操作规程是影响安全生产的主要因素,^[42]各行业的重大事故隐患大致也都源自于此,比如《化工和危险化学品生产经营单位重大生产安全事故隐患判定标准(试行)》将“使用淘汰落后安全技术工艺、设备目录列出的工艺、设备”“特种人员未持证上岗”“未制定操作规程和工艺控制指标”等20条作为判定重大事故隐患的情形。一般而言,存在重大事故隐患而拒不消除是对危险的维持甚至是强化,通常已经达到甚至超越了抽象危险的范畴。

针对类型三,行政许可或者批准的前提是“一般性的禁止”,这种禁止多是为达到保障公共安全和人民健康、保护重要资源和生态环境等目的而设定的。矿山开采、金属冶炼、建筑施工,以及危险物品生产、经营、储存等生产作业活动本身具有高度危险,但是为了适应社会生活和生产需要,国家并非一律禁止上述行为,而是通过批准或许可的方式将行为风险控制在一定基准范围之内。涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可,往往也就意味着超越了容许风险的范围。

由此可见,危险作业罪的三种法定行为由于均违反了为使法益免受或少受侵害而设置的行政法规,从而创设出抽象的行为风险。不过,危险作业罪所要求的现实危险与抽象危险之间具有时序上的因果关系,在有的案件中,行为人虽然创设了抽象危险,但后续并未出现现实危险的表征。比如,对于行为类型一,虽然直接关系安全生产的监控、报警、救生等设备设施被关闭或破坏,但生产作业的其他各项指标正常并且生产作业活动能够顺利进行;又如,虽然因存在重大事故隐患而依法受到行政处罚,但不能仅仅凭借行为人“拒不执行”有关行政命令就认为构成危险作业罪,还需要结合危险因素与实害结果发生的距离远近、是否还存在导致结果发生的中间步骤等因素来综合考察,否则行为类型二就会沦为对行政命令的纯粹不服从犯;同样的,虽然涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可,但行为人所从事的高度危险的生产作业活动配备了良好的安全生产设施和设备,能够达到国家和行业标准,符合安全生产条件的情况下,也应当排除现实危险的存在。因此,在形式违法性之外,抽象危险在继续向前发展的过程中何时满足了现实危险的要求,还需要进行实质判断。

[42] 参见杨绪峰:“安全生产犯罪立法的体系性反思——以《刑法修正案(十一)》的相关修改为契机”,《法学》2021年第3期,第58页。

2. 现实危险的表征:危险信号

与客观归责理论“实现法不容许的风险”中的实害结果不同,现实危险只是一种未来发生法益损害的可能性,其作为一项预测性事物,无法为人类的感官直接认识,因此在判断行为人是否创设出现实危险时,就需要借助于各类表征危险的客观事实,本文将之称之为危险信号。由于危险信号属于事实性要素,表现为声音、气味、颜色、行为、数据、地理环境等等,要将其作为辅助判断“现实危险”的规范要素,还需要对其进行价值评价。本文采取的方法是对危险信号进行分类和分级,具体做法是:①根据危险信号被人类认知的事实性因素,提炼出四项危险指标,即“认知的难度”“危殆化的可能性”“危险出现的规律性”以及“预期的损害后果”;^[43]②根据这些危险指标的强度及其组合的相互作用,建立危险信号的评级体系;③分析个案中所有的影响因素,综合判断不同情况下危险信号的等级,从而实现了对现实危险的判断。总体而言,从事前看,预示法益损害的危险信号数量越多、等级越高,则危险越现实、越紧迫,相反,危险信号的数量越少、等级越低,则危险越抽象、越遥远。下文将对这四项危险指标予以详述。

第一,“认知的难度”是指危险信号被人类感官所感知,或者被各类工具和设备所测量的难度。“认知的难度”可以分为三个等级,第一个等级的风险比较容易识别,此种风险一般都能够与人类建立起直接的联系,包括:①危险信号可以通过人类感官而被直接感知,比如燃气泄漏后散发出明显的臭味,矿难发生前出现掉渣、漏顶,火灾蔓延前已经产生流淌火和爆燃等现象;②危险信号直观地体现在各类工具或设备的测量数据中,比如化工厂的防爆检测仪数据显示密闭空间中的易燃易爆气体含量已经超出了安全标准;③危险信号被特定化为某种警示符号并已经成为了行业共识,比如在有较大危险因素的生产经营场所和有关设施设备上设置的安全警示标志。

第二个等级的风险只能与人类建立起间接联系,危险信号既不能被感官所感知或被各类工具和设备所测量,也尚未普遍化为警示符号,需要行为人置身于危险情景中,利用自身知识和经验对该风险事实加以“转译”,才能建立起与危险的关联。比如船长在明知捕捞渔船的北斗船载终端设备被损害无法使用时,就应该联想到,一旦出海将会与外界失去联系,如果再遭遇台风,将会给船只及船上人员带来极大的危险;^[44]第三个等级的风险则更加难以被认知,行为人无法通过简单的“转译”程序获取危险信号,而是必须投入特别的注意。比如一线操作工人往往很难发现技术和设计上的缺陷,但这种隐患也极易导致生产安全事故。

第二,“危殆化的可能性”是指危险信号现实化为法益损害的可能性。本文将“危殆化的可能性”分为三个等级。第一个等级是危殆化的高度可能性,也即从一般人的经验来看法益损害结果十有八九会发生。比如,在井下煤矿开采过程中明火作业将几近确定引起瓦斯爆炸;第二个等级是危殆化的过半可能性,也即危害结果大概率会发生,但也不排除存在某些特殊情况。比如,行为人违反有关安全管理规定,在民房内违规经营、储存烟花爆竹,由于行为时正处于气

[43] 参见金焱:“论过失犯注意义务的具体化”,《清华法学》2022年第6期,第88页。

[44] 参见广东省人民检察院、广东省应急管理厅联合发布10件安全生产领域刑事犯罪和公益诉讼典型案例之六:叶某某危险作业案。

温较低的冬季且天气潮湿才没有发生爆炸事故。第三个等级是危殆化的低度可能性,也即危害结果通常不会出现,但因某些难以预见的原因致使结果发生。比如,一线操作人员感染风寒但仍坚持上岗,在其中某个环节因反应迟钝而造成损害。

第三,“危险出现的规律性”是指危险信号的出现是否稳定可预期。据此,危险信号大致也可以分为三个等级。第一个等级所涉危险信号是长期存在的。比如,行为人未经依法批准许可,擅自在房间内储存大量没有密封好的危险化学品汽油,不仅使用塑料桶等易燃材质的容器,还将汽油桶放在了高温区域,随时都有发生火灾的危险。^[45] 鉴于该危险状态持续存在,行为人无需花费额外的注意力就能够轻易从中判断出法益是否以及在何种程度上受到威胁;第二个等级所涉危险信号虽不是长期存在,但总是反复在某个时点出现,呈现出一定的规律性,比如在做出某种行为时(后)。由于行为人需要凭借自身的知识经验去认识此种规律,因此也需要付出更多的时间和精力才能避免结果发生。比如,行为人未经依法批准许可,擅自在房间内储存危险化学品汽油,虽然行为人使用了专用密封的汽油桶且避免将其存放在高温区域,但是在倒取汽油时还是难免会产生静电,行为人需要极其注意才能避免电火花所引发的燃烧甚至爆炸。第三个等级所涉的危险信号具有突发性。比如因夜晚出现雷暴天气,化工厂的供电线路突然被雷电击毁,正常生产流程中断,导致硫酸车间化学气体外溢。由于难以预见到此类风险,行为人需要随时随地保持高度的注意力才能够避免损害发生。

第四,“预期的损害后果”是指从事前观察,风险行为可能造成法益侵害的严重程度。第134条之一对现实危险进行了限定,即必须是“发生重大伤亡事故或者其他严重后果”的现实危险,虽然行为人在从事风险行为时,很难对危殆化的全部细节以及具体的构成要件结果有预见,但结合危险信号,行为人对其行为性质以及可能造成的常态性结果是存在认知的。例如,被告人在没有危险化学品经营许可的情况下,在其经营的门店内利用私自购买的加油设备销售不合格的散装汽油。经现场勘验,该汽油销售点北侧距离汽车修理厂正门约10米,南侧距离清真寺东门约10米,处于人口密集的公共场所,一旦有明火发生爆炸将很可能造成重大伤亡事故。^[46] 相反,如果该汽油销售点位于远离人烟的偏远场所,恐怕就难以认定具有构成本罪的现实危险。

危险信号的等级与以上四类影响因素的强度密不可分,这也是区分容许风险、抽象危险和现实危险的关键所在。一般而言,危险认知的难度越低、危殆化的可能性越高、危险信号的规律性越强、预期的损害后果越严重,则说明在事前征表危险的事实越多、警示性越强,相应地,在个案中危险信号的风险评级就越高,只有在四项危险指标均达到一级风险的时候,才能说明存在现实危险的表征。与之相反,如果危险的认知难度越高、危殆化的可能性越低、危险信号的规律性越弱、预期的损害后果越轻微,在个案中危险信号的风险评级就越低,说明尚未达到现实

[45] 参见冷建好、廖永琴危险作业罪一审刑事判决书,河南省正阳县人民法院(2022)豫1724刑初163号。

[46] 参见张可心危险作业罪刑事一审刑事判决书,辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院(2022)辽0111刑初188号。

危险的程度。

危险等级 \ 危险指标	认知的难度	危险化的可能性	危险出现的规律性	预期的损害后果
I. 一级风险	低	高	强	大
II. 二级风险	中	中	中	中
III. 三级风险	高	低	弱	小

图2 危险信号的等级和指标

(三)“现实危险”的实现

“现实危险”的双重面向,决定了其既属于行为不法的内容,也属于结果不法的内容,然而这并不意味着仅仅依靠危险信号就能顺利实现归责判断。严格而言,危险信号属于行为不法的要素,当危险信号的指标和等级表征了现实危险时,就已经具备了行为不法,这是从事前视角进行的一次正面判断。不过,虽然出现现实危险的表征时也初步确证了结果不法的存在,但要将危险结果完全归责于不法行为,还需要从事后视角进行一次负面判断,也即回溯性地考察该违反行政法规的抽象危险行为与最终的现实危险之间是否具有危险实现关联性,从而排除不值得归责的情形,由此才能对归责与否“盖棺定论”。结合客观归责理论,危险实现关联性的判断方法通常有两种:一种是规范保护目的关联;一种是危险回避可能性关联。

1. 规范保护目的关联

所谓规范保护目的,是指立法者制定法规规范时所欲实现的目的,是立法者协调不同利益冲突而形成的价值判断或评价立场。^[47]规范保护目的理论是要判断行为人违反法律规范所造成的危险结果,是否为该规范的保护目的所涵盖,只有当法益危险的发生路径仍处于规范所预设的保护范围之内时,才可以肯定危险实现的关联性。

如果该“现实危险”并非是危险作业罪规范保护目的范围内的危险,则不能以危险作业罪论处。比如,行为人虽然在未经依法批准或许可的情况下擅自从事高度危险的危险物品经营活动,但其行为没有对公共安全产生现实危险,却对正常的市场秩序造成了现实危险,那么该行为由于缺乏规范保护目的关联性的要求,不构成危险作业罪,在达到相应立案标准的情况下可能构成非法经营罪。又如,行为人通过拆除污染防治设施、篡改相关数据的方式逃避监管,违法排放大量污染物并对人类赖以存续的生态环境具有造成严重后果的现实危险,但由于这种现实危险是针对于环境法益而非公共安全,有可能构成污染环境罪,却难以以危险作业罪论处。

2. 危险回避可能性关联

危险回避可能性关联是要判断行为人遵守注意义务时现实危险可否避免。具体方法是:假设行为人遵守注意义务,用符合注意义务的行为取代原本违反注意义务的举止,再建立一个未实际发生的假设因果流程,观察同一危险结果是否仍会出现。^[48]如果行为人即便实施了

[47] 参见于改之:“法域协调视角下规范保护目的理论之重构”,《中国法学》2021年第2期,第214页。

[48] Vgl. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005, § 17 Rn. 49.

合义务行为也无法避免危险结果发生,则无须对现实危险负责。

如果该“现实危险”处于危险作业罪规范保护目的的范围之内,但行为人对该现实危险缺乏回避可能性,同样不构成危险作业罪。比如,某化工厂没有依法申请化学危险品生产许可证,就擅自从事危险物品生产活动并对公共安全造成现实危险,但经事后审查发现,由于行为时受科学技术水平的限制,化工行业对该危险物品的危险性缺乏充分的了解,即便事前按照法律法规正常申请生产许可证,行政主管部门也会予以颁发,现实危险的事实同样不可避免,由于缺乏危险实现关联性,行为人至多构成行政违法而难以受到刑罚处罚。又如,因特种作业人员未持证上岗(重大事故隐患)而被依法责令停止施工的情况下,该化工厂负责人没有采取排除危险的整改措施,而是强令继续作业从而具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险,但经事后审查发现,导致现实危险的原因纯粹是意外事件,即便特种作业人员持证上岗也无法回避危险结果的发生,此时行为人同样不能以犯罪论处。

四、轻罪治理实践下危险作业罪的理解与适用

上文从微观角度阐明了危险作业罪的不法构造和现实危险的判断方法,但从宏观角度看,该罪在刑法体系中具有怎样的地位和功能?是接下来需要回答的问题。

(一)危险作业罪的规范保护目的辨析

成立危险作业罪的前提是在生产、作业中违反有关安全管理的规定,那么危险作业罪是仅作为责任事故类犯罪的前置法,还是可以适用于安全生产法律法规调整的所有生产经营领域?回答上述问题,离不开对危险作业罪规范保护目的的正确理解,目前存在主观说和客观说两种立场。

1. 主观说意在探求立法者的真实意图,该说从危险作业罪的立法动因出发,认为该罪并非对安全生产犯罪立法进行体系性反思的结果,亦非要涵摄所有违反“有关安全管理规定”的行为,而是旨在解决实践中多发易发的三类严重违法行为。与之相应,该罪规制的就并非广义的“生产”行为,而是生产过程中的作业行为。^[49]立法者这种不设兜底条款的规定,体现出对本罪设置的审慎态度。^[50]这也是考虑到企业生产经营的实际情况,在强化企业安全生产主体责任、保障安全生产的同时,避免对企业的生产经营造成过度负担和不当干扰。^[51]影响安全生产的要素主要包括安全生产设备设施 and 安全生产条件、从业者素质或相应资质、安全生产操作规程三个方面,按照主观说的理解,由于第134条之一的法定行为类型主要涉及安全生产设备设施 and 安全生产条件,因此,当行为人违反其他方面的安全管理规定从而具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险时,则不能以危险作业罪论处。从这个角度看,危险作业罪

[49] 参见代海军:“风险刑法背景下我国惩治危害生产安全犯罪功能转向——基于《刑法修正案(十一)》危险作业罪的分析”,《中国法律评论》2021年第5期,第200—201页。

[50] 参见桂亚胜:“危险作业罪的理解与适用”,《上海法学研究》2021年第21卷,第109页。

[51] 参见许永安主编:《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,中国法制出版社2021年第1版,第37—46页。

就不是通说观点所认为的第 134 条重大责任事故罪的前置性犯罪,而是第 135 条重大劳动安全事故罪的前置性犯罪。^[52]

2. 客观说认为,法规范被制定出来后就与立法者分离而成为一种客观存在,由司法者具体加以适用,因此需要根据社会客观情势的变化来进行实质解释。危险作业罪逻辑上可发生于安全生产法律法规调整的所有生产经营领域。^[53] 所谓的生产,不仅包括各种产品的生产活动,也包括各类工程建设和商业、娱乐业以及其他服务业的经营活动。^[54] 具体而言:①除危险驾驶罪外,所有违反安全管理规定危害公共安全的责任事故罪,都是危险作业罪遏制和预防的对象;②规制对象不仅限于分则第二章“危害公共安全罪”,也包括第六章“妨害社会管理秩序罪”中第 334 条第 2 款规定的“采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪”;③危险作业罪的规范目的不仅限于遏制、预防过失结果犯,还包括遏制、预防实质危害公共安全的故意犯罪,比如非法储存危险物质罪、污染环境罪等。^[55] 这意味着,一方面,行为人因不具备相应从业者素质或资质、违反安全生产操作规程造成现实危险的行为,同样可以构成危险作业罪。另一方面,即便行为人不构成违反安全管理规定的故意犯罪,也可以构成危险作业罪等过失犯罪。

危险作业行为几乎是所有责任事故犯罪的主要原因或根本原因。不可否认,客观说扩大危险作业罪的适用范围,也是考虑到安全生产管理的现实需求。受天津港“8·12”特大火灾爆炸事故案、江苏响水“3·21”特大爆炸事故案等重大典型案件的影响,《刑法修正案(十一)》增设了危险作业罪,在这些案件中当初对具体被告人行为的定性,就包括了非法储存危险物质罪、污染环境罪等,因此客观说认为危险作业罪同样可以遏制和预防其他生产经营领域的危险作业行为。然而,将危险作业罪作为责任事故、危害公共卫生、破坏环境资源等犯罪的前置规定,显然是赋予了既有规范新的规范对象或新的评价立场。正如学者所言,在赋予旧规范以新目的时,必然面临着旧规范能否有效配合新目的之“目的—手段”之间的紧张关系,只有在既有条文的法律效果能够配合新的评价对象或者评价立场时,客观说才能被正当化。^[56]

客观说的论证基础很大程度上来源于《生产安全解释(一)》,该解释第 12 条规定了重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、铁路运营安全事故罪等 10 个罪名的从重处罚情节,总共 7 种情形并涵盖兜底条款,第 134 条之一的三种法定行为类型全都包含在内,显示出安全生产设备设施 and 安全生产条件不符合规定之外的其他行为,同样具有危险作业的属性。然而,客观说将不具备相应从业者素质或资质、违反安全生产操作规程从而造成现实危险的行为也认定为危险作业罪,不当扩大了该罪的适用范围,甚至有类推解释之嫌。虽然司法实践中,有处罚必要性时可以适当扩张处罚范围以最大限度弥补法律的漏洞,但即便是扩大解释,也需要以遵守罪

[52] 参见杨绪峰:“危险作业罪的实务观察与理论检视”,《北京理工大学学报(社会科学版)》2024 年第 1 期,第 153 页。

[53] 参见黄京平:“危险作业罪的规范目的及其实现——《刑法修正案(十一)》的标志性立法实践”,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2021 年第 2 期,第 7—8 页。

[54] 参见阙珂主编:《中华人民共和国安全生产法释义》,法律出版社 2014 年版,第 1 页。

[55] 参见黄京平,见前注[53],第 8 页。

[56] 参见于改之,见前注[47],第 217 页。

刑法定原则为前提,在法条文义可能的最大范围之内进行。既然危险作业罪只将《生产安全解释(一)》中的三种从重处罚情节法定化,就不能对犯罪成立条件进行随意的扩张,在法条的用语边界已经无法同步于社会生活发展之时,也只能依赖于事后修法而非直接突破法条本来的含义。客观说看似严密了法网,却损及了罪刑法定原则的效力,导致行为规范的公信力丧失,无法消弭新目的与旧规范在法律效果层面的紧张关系。

(二)主观说立场下危险作业罪的适用

本文认为,主观说的解释立场更为可取,也即危险作业罪的保护法益是公共安全,处罚的是安全生产设备、设施和安全生产条件不符合安全管理规定并具备现实危险的作业行为。主观说立场下危险作业罪的价值主要体现在:其一,针对安全生产领域重特大事故的严重情况,将安全生产犯罪刑事处罚阶段前移,积极发挥刑法预防犯罪的功能。^[57]其二,将刑法调控的对象限定在实施三项典型违法违规行为并实质性危害公共安全的行为之上,可以有效防止危险作业罪沦为新的“口袋罪”。由于危险作业行为不可避免地会与其他犯罪产生竞合关系,何时成立危险作业罪,何时以更重的犯罪论处?根据竞合论的相关原理,处理规则如下:

1. 成立想象竞合的情形:按照“从一重罪”的原则处罚

当危险作业行为同时符合危险作业罪和非法经营罪,非法采矿罪,污染环境罪,非法控制计算机信息系统罪等更为严重的犯罪时,由于一行为触犯了数法益,应当构成想象竞合,按照“从一重罪”的原则处罚。值得注意的是无证经营成品油并造成“现实危险”的情形,理论上达到一定销售数额时应当以非法经营罪论处,但2019年国务院放开成品油市场准入和2020年商务部废止《成品油市场管理办法》以后,就失去了将其认定为非法经营罪的规范基础。对于私设储油罐、储油站销售成品油等无证经营行为,具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的,应适用危险作业罪。

2. 成立法条竞合的情形:按照“特殊法条优先于普通法条”的原则处罚

(1)特殊关系

一个行为同时符合普通法条与相关特别法条的,特别法条具有排斥普通法条的功能。第133条之一“危险驾驶罪”第一款第4项“违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品,危及公共安全的”与第134条之一“危险作业罪”第三种行为方式“未经依法批准或许可,擅自从事危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动”之间,就属于这种特殊关系。危险物品是危险化学品的上位概念,由于“作业”的含义比较宽泛,危险作业罪罪状中“生产、经营、储存等”中的“等”应当包括了运输行为,因此危险作业罪属于普通法条。在航空和铁路交通领域未经许可运输危险化学品,或者在道路上运输危险化学品之外的危险物品,具有发生重大损害的,可以构成危险作业罪。但是,由于刑法对道路交通中违规运输危险化学品的行为有特别的法条规定,如果以危险作业罪论,危险驾驶罪的第三种行为类型的规定将会形同虚设,此时应当以危险驾驶罪论处。

[57] 参见张义健:“《刑法修正案(十一)》的主要规定及对刑事立法的发展”,《中国法律评论》2021年第1期,第57页。

(2) 补充关系

在刑法规范中,某些规范设立的目的就在于当其他刑法规范不能适用时,补充性地加以适用,在行为同时符合辅助构成要件和主要构成要件时,主要构成要件优先适用,例如走私武器、弹药罪,走私淫秽物品罪等特殊的走私罪和走私普通货物、物品罪之间就是典型的补充关系。危险作业罪的第三种行为方式“未经依法批准或许可,擅自从事危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动”与第 125“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪”“非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪”之间也存在补充关系。由于危险作业罪笼统地规制了擅自生产、经营、储存危险物品的行为,因此属于辅助构成要件。当行为人生产、经营、储存的是特定危险物品如枪支、弹药、爆炸物以及具有毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质的,适用主要构成要件。如果所生产、经营、储存的危险物品是用于正常的生产、生活的,宜以危险作业罪论处。^[58]

(3) 吸收关系

通说认为存在吸收关系的犯罪行为一般属于实施某种犯罪的同一过程,前行为可能是后行为发展的必经阶段,后行为可能是前行为发展的当然结果。^[59] 危险作业罪与第 134 条第 1 款“重大责任事故罪”、第 135 条“重大劳动安全事故罪”、第 136 条“危险物品肇事罪”、第 139 条“消防责任事故罪”等犯罪之间就存在这种吸收关系。根据重罪吸收轻罪、实害犯吸收危险犯的原则,在出现损害结果时,以相应重罪论,在损害结果尚未发生但有三项典型的违法违规行为之一且具备造成重大伤亡事故或者其他严重损害的“现实危险”时,成立危险作业罪。

五、余论:危险作业罪的治理路径初探

根据最高检公布的数据,在 2022 年办理危险作业罪的案件中,不捕率高达 77.4%,审查起诉期间犯罪嫌疑人认罪认罚率为 97.4%,并较多适用缓刑。^[60] 可见,非刑罚化、轻刑化和非监禁化是我国轻罪治理的重要方向,这样可以有效缓解设立轻罪所带来的司法成本和犯罪人数激增的问题。上文主要是在刑法体系内部讨论危险作业罪的构成要件和适用问题,但如何在轻罪治理现代化的视野下探索出一套综合治理方案,实现社会效果与法律效果的统一,还亟需在更加宏观的层面进行反思。总体而言,可以从如下两个方面努力:

在治罪层面,司法机关既要避免大量轻微违法行为入罪的刑罚冲动,也要防止危险作业罪沦为从轻发落的避风港,主要包括:①严格把握“现实危险”的成立标准,摒弃形式化认定的倾向,以两阶段判断法为支撑,建立起规范化的判断流程。②将专业判断和法律评价有机结合,

[58] 参见杨万明主编:《〈刑法修正案(十一)〉条文及配套〈罪名补充规定(七)〉理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 62 页。

[59] 参见高铭暄主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社 1989 年版,第 224 页。

[60] 参见《2021 年以来受理审查起诉危险作业罪 4521 人 检察机关依法履职维护群众生命财产安全》,载最高人民检察院官网, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202303/t20230303_605501.shtml 最后访问日期:2024 年 10 月 20 日。

特殊行业中所谓的“重大危险”与法律评价上的“现实危险”往注意涵不同,强化法律评价可以尽可能减少权力寻租的风险,以防行政处罚决定书或者专家意见掌握行为主体的“生杀大权”。③行为人在实施危险作业的过程中,如果还具备其他犯罪的故意或者损害了多项法益,则应当遵循想象竞合的处罚原则,以相应重罪论处。

在治理层面,司法机关应根据危险作业罪的特征和成因做到“因材施教”,主要包括:①由于危险作业罪的行业性、职业性和职务性特征极为突出,应充分重视和发挥《刑法》第37条之一“从业禁止”的作用,使犯罪主体与相关业务形成有效的物理隔离,从而起到预防再犯的效果。②在危险作业罪规定的三类严重违法行为中,第三项“非法从事高危行业生产经营活动”的行为在司法实践中占据了大多数。这类犯罪行为以非法谋取经济利益为目的,但遗憾的是,危险作业罪的处罚方式仅为自由刑,难以对贪利型犯罪进行有效遏制,因此未来修法有必要在危险作业罪中增设罚金刑,并积极落实犯罪物品没收和违法所得没收的规定,剥夺行为人的犯罪工具和再犯的经济基础。③危险作业罪属于非暴力犯罪,行为人的安全责任意识淡薄和单位的管理体制缺陷是主要诱因,因此司法机关应注重源头预防、前端化解,与各主体协同共治,引导行为人重回法治轨道。比如通过安全生产合规制度激发企业改革的内生动力、建立行政执法与刑事司法衔接工作信息共享机制、完善检察机关对行政执法机关的过程性监督,等等。

Abstract: The crime of dangerous operations is categorized as a specific endangerment crime, and it is also a result crime. Subjectively, it is characterized by negligence, while objectively, it involves the actual danger of causing major casualties or other serious consequences. From the perspective of normative theory, the process of determining the attribution of the results of the crime of dangerous operations is divided into two stages: “the creation of actual danger” and “the realization of actual danger”. In the first stage, the actual danger is assessed based on the violation of duties and the severity of danger signals before the event, while in the second stage, after the event, scenarios where responsibility should not be attributed are excluded through an examination of the normative protective purpose and the possibility of avoiding danger. The establishment of the crime of dangerous operations is not intended to encompass all violations of “relevant safety management regulations”. Instead, it aims to regulate three types of serious illegal and irregular behaviors that frequently occur in practice and substantially endanger public safety. In the practice of dealing with minor offenses, judicial authorities should avoid the impulse to criminalize a large number of minor illegal acts while also preventing the crime of dangerous operations from becoming a haven for lenient penalties. They should tailor their responses based on the characteristics and causes of the crime, achieving a balance between penalizing and governing such offenses.

Key Words: Crime of Dangerous Operation; Negligence; Actual Danger; Normative Protection Purpose; Misdemeanor Management

(责任编辑:车 浩)