

经济刑法中抽象危险犯的处罚限度

陈思桐*

内容提要：经济刑法处罚抽象危险犯的限度，关系到刑法参与经济社会治理的限度与国家公权力干预个人自由的程度。面对集体法益概念、限制机能及保护途径象征化所产生的质疑，应当揭开法益象征化的面纱，客观审视其高度抽象性，并在厘清集体法益与个人法益关系的前提下，类型化地限缩抽象危险犯的处罚范围。把握经济刑法中抽象危险犯的处罚限度应考虑：第一，控制抽象危险行为入罪的相关因素，包括直接导致严重危害后果的可能性、危险状态已到达非刑事法律规范能管控和消减风险的临界点；第二，明确行为类型与范围，注重限缩解释；第三，注意前置性行政规范与后置性实害罪名的设置。在类型化视角下，对不同的抽象危险犯作出对应的限缩适用。

关键词：抽象危险 经济犯罪 经济刑法 处罚限度

现代经济社会是一个竞争多元化且资源分配不均等的社会，经济主体往往可能采取一些不法行为来获取竞争机会与利益。改革开放至今，市场经济的深入发展与社会持续分化导致我国经济社会产生了许多1979年《刑法》所不能预料和解决的新问题，刑法开始积极地预防危险以确保经济发展的安全。问题在于，采取抽象危险犯^{〔1〕}的方式来保护经济刑法中集体法益的做法，应如何把握处罚限度，实践中该如何贯彻，本文以此展开思考。

一、经济刑法积极处罚抽象危险犯的现象考察及其审思

（一）经济刑法积极处罚抽象危险犯的现象考察

自1979年《刑法》颁布以来，经济刑法所处罚的抽象危险犯范围不断扩大，^{〔2〕}整体呈现出

* 陈思桐，武汉大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重点项目“犯罪化的理论体系与实践机制研究”（21AFX010）的阶段性成果。

〔1〕 抽象危险犯是对法益造成典型危险的行为方式，人们经过对无数事例的反复观察与经验归纳之后，通过立法的方式将这种附随于特定行为的典型危险固定下来。参见林钰雄：《新刑法总则》，元照出版社2019年版，第101-102页。

〔2〕 经济刑法中抽象危险犯的罪名数量由1979年的5个扩充至1997年的29个。参见姜涛、柏雪淳：《刑法中抽象危险犯的立法限缩路径研究》，载《中国高校社会科学》2021年第2期。

积极的处罚态势，主要有如下表现：

第一，刑法修正案持续增加抽象危险犯的数量。比如，2005年《刑法修正案（五）》新增妨害信用卡管理罪、2020年《刑法修正案（十一）》新增为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪。此外，刑法修正案将原本不属于抽象危险犯的罪名修改为抽象危险犯，如2011年《刑法修正案（八）》取消了生产、销售假药罪“足以严重危害人体健康”这一要件，将本罪修改为抽象危险犯。

第二，司法解释扩张了抽象危险犯的行为方式。2014年最高人民法院、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》（下文简称为2014年《药品安全解释》）第6条较大幅度地扩张了“生产”〔3〕的范围。值得注意的是，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》（下文简称为2022年《药品安全解释》）将2014年《药品安全解释》中“印制包装材料、标签、说明书的行为”的条款删除，限缩了“生产”的范围。

第三，司法解释扩张了抽象危险犯的共犯范围。2021年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（下文简称为《食品安全解释》）第14条、2022年《药品安全解释》第9条分别扩张了生产、销售有毒、有害食品罪和生产、销售假药罪的共犯范围，将提供便利条件等帮助行为纳入处罚范围。另外，司法解释处罚抽象危险犯的预备行为，如2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第24条规定擅自设立商业银行等金融机构筹备组织的行为应以擅自设立金融机构罪立案追诉。

第四，抽象危险犯的司法适用呈现扩张处罚的趋势。比如，在连某虚开增值税专用发票案中，法院判决认为由于虚开增值税专用发票罪属抽象危险犯，只要求具有骗取国家税款的危险就可以构成，不要求实际骗得国家税款，由此认定行为人构成虚开增值税专用发票罪。〔4〕这种不要求国家税款实际损失的案件在实践中并非少数，往往也被认定构成犯罪。

（二）必要性及存在的问题

针对特定的不法行为，刑事立法采取抽象危险犯的方式进行处罚具有一定的必要性。从法益保护的立场来看，刑法防线前置于犯罪行为产生抽象危险之时具有如下效果：既能够在法益的保护中获取主动权，迅速在经济社会中宣扬刑法的刚性与刑罚的严厉，实现积极的一般预防效果；又能够有效补足处罚实害犯及其未遂形态所产生的保护不周延性。此外，在实践适用中，抽象危险犯的认定省略了因果关系与危害后果可能性的认定，极大地缓解了办案机关的证明难题。

上述多重优点使得抽象危险犯以超前的防御性与预防性，至少在形式上鲜明地展现出比实害犯、具体危险犯提供“更有效”惩罚的能力。但是，抽象危险犯的处罚范围扩张也产生了一些问题，具体如下：

第一，从犯罪构成要件的文字规定上看，抽象危险犯的成立不要求论证行为造成了危害结果

〔3〕 包括（1）合成、精制、提取、储存、加工炮制药品原料的行为；（2）将药品原料、辅料、包装材料制成成品过程中，进行配料、混合、制剂、储存、包装的行为；（3）印制包装材料、标签、说明书的行为。

〔4〕 参见广东省深圳市中级人民法院（2011）深中法刑二终字第446号刑事裁定书。

及其因果关系，实践中容易将形式上符合法律规定而无实质法益侵害的行为认定为犯罪，从而造成不必要的惩罚。比如，在认定行为是否构成生产假药罪的案件中，法院依法认为“李某、赵某对于125公斤药片的储存、包装行为均应认定为生产行为，生产假药罪为抽象危险犯，实施生产行为即侵害了药品管理秩序的法益，故李某、赵某均系犯罪既遂”〔5〕。法院依法对案件进行定性，本无可厚非。问题在于，将这些生产过程中处于次要地位的行为纳入惩罚范围是否合适。也正是因为将印制包装材料、标签、说明书的行为认定为生产、销售假药罪会造成扩大处罚，2022年《药品安全解释》才会作出限缩规定。从生产、销售假药罪的立法规定来看，一旦实施了生产、销售假药的行为即可构成本罪，实践中这些处于生产、销售环节的边缘、次要行为确实没有产生实际的法益侵害及危险，是否值得动用刑法仍存有疑问。抽象危险犯的立法规定是简化的，但这并不意味着司法适用中完全不需要进行正当性论证。在实践案件的办理过程中，有必要具体还原“抽象危险行为——因果关系——严重危害后果可能性”这一流程的论证，并对是否造成法益侵害进行实质审查。可能有观点认为，既然采取抽象危险犯的方式进行立法，就意味着为司法实践卸下了证明的负担，实质考察反而可能超越罪刑法定。实则不然，抽象危险犯处罚的危险是立法基于大量的经验提炼出的拟制危险，这意味着抽象危险犯的成立有可能现实发生了侵害结果或者危险状态，也可能完全没有发生任何危害后果。刑法本质上是法益保护法，如果仅关注行为非价而不作实质法益侵害判断、简单地参照法律条文加以适用而不作实质考察，可能会造成刑法打击面过广。

第二，在我国违法与犯罪相区分的二元立法体系中，过于依赖抽象危险犯来保护集体法益将难以区分刑事违法性与行政违法性。我国刑法采取“定性+定量”的犯罪构成模式，通过二元化的制裁体系区分罪与非罪、犯罪与一般违法行为。人与刑法之间的关系归根结底是不服从与惩罚的关系，与其说刑法是一种特殊的法律，不如说是对其他一些法律的裁定。〔6〕在法秩序统一的前提下，不同部门法形成了违法性程度和保护强度的层次性，抽象危险犯所实现的超前保护，可能使刑法的防线前移覆盖行政法的防线，刑行、刑民界限难以区分。比如擅自设立金融机构罪，实践中行为人未经银行主管部门批准，在工商主管部门预核准公司名称并使用公司印章开立银行验资账户、签订经营场所租赁预约协议书，这些预备行为亦会被认定构成擅自设立金融机构罪。又如，明知他人伪造货币仍提供场地并收取租金的行为，亦成立伪造货币罪。本文并不否认这些行为具有可罚性，但是擅自设立金融机构的筹备行为、为伪造货币提供场地的帮助行为是否完全超出行政法可管制的范围而需要刑法的介入，值得思考。

第三，偏重以抽象危险犯保护集体法益，难以符合宪法比例原则的要求。经济刑法处罚抽象危险犯的限度，与经济社会的发展存在密切关联。经济社会的秩序与制度越健全合理，以抽象危险犯保护制度法益的必要性就越弱。如果刑法参与经济社会的治理是以偏重抽象危险犯为特色，这并非一个良好的信号。刑法自古以来都是受政治影响最深的法律，无论是国家治理者还是民众都会将各自对国家社会的理想、当下最迫切追求的秩序和利益分配愿景寄托于刑法上。〔7〕这种

〔5〕 黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2019）黑01刑初25号刑事判决书。

〔6〕 参见〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1963年版，第70页。

〔7〕 参见钟宏彬：《法益理论的宪法基础》，元照出版社2012年版，第3页。

愿景和目的也会映射到法益概念尤其是集体法益当中，刑法的设立与运行也会尽量回应这些需求。于是刑事立法将法益侵害或危险的重点聚焦在“个人利益隐没于大规模的或整体性的利益结构”当中，只要预设特定的行为方式对于经济系统的运作产生一定程度的干扰，就无须进一步考究是否侵害了个人法益从而动用刑事制裁手段。^{〔8〕} 抽象危险犯的成立具有浓厚的行为无价值色彩，处罚抽象危险状态甚至是抽象危险犯的预备行为过于强调以刑法治理社会，对集体法益的保护更趋向象征性而非实质化。为了避免刑罚权的过度扩张，避免刑罚权成为管理者恣意用权的利刃，刑法的启动至少要被束缚在宪法比例原则的框架之内。

二、抽象危险犯处罚限度的前提：正确发挥集体法益的机能

抽象危险犯提供的前置处罚，似乎可以为国民提供更多的安全感。刑法表面约束自由，实然创造自由，但刑法创造自由的途径也是曲折的。^{〔9〕} 在经济社会中，刑法保护集体法益的方式与效果存在局限性。

（一）经济刑法中集体法益象征化的表征

经济刑法采用抽象危险犯的模式规制一些不法行为，与其保护的法益有根本联系。法益，即由法律保护的、可经法规范评价的生活利益，无论是个人利益还是集体利益都是社会的产物，国家将权力的界限以及法益的范围全部纳入法治轨道，以便人们区分特定利益是否受法律保护。^{〔10〕} 由宾丁率先提出的“法益”概念偏向形式认识，是“法的财”，李斯特通过考察刑罚本质，将法益作为刑法正当性的一般根据，^{〔11〕} 时至今日我们论证刑法是否具有正当性时，往往也会回到法益保护的问题上来。内涵不甚清晰却常常被冠以“秩序”“安全”“超个人”头衔的集体法益被认为难以为刑法提供规制界限，本文认为，这主要与经济刑法中集体法益的象征化有关，具体包括如下方面：

第一，集体法益概念高度抽象化。在《现代汉语词典》中，“集体”一词意为许多人合起来的有组织的整体。^{〔12〕} 集体法益由个人法益凝聚而成，通过制度的渠道凝聚成高度的象征性与难以还原性。比如，刑法所保护的海关制度、货币制度就难以还原为具体的个人法益。又如，在高利转贷罪中，行为人高利转贷的行为被认为侵犯了银行对贷款的管理制度，但实践中又难以具体说明管理制度遭受了何等程度的损害。集体法益的概念自法益概念产生之时就存在了，但这个概念遭到以法兰克福学派（Frankfurter Schule）为代表的一元论者的反驳，该学派坚持“个别人类的古典个人专属法益”（klassische höchstpersönliche Rechtsgüter）学说，主张以个人为起点，将超个人法益“功能化”，超个人法益只有能够被还原为个人的间接利益时才具备正当性。^{〔13〕} 集体法益究竟能否还原为个人法益，以及如何还原为个人法益，这始终是法益概念高度抽象化带

〔8〕 参见古承宗：《经济刑法的保护法益与抽象危险》，载《刑事政策与犯罪防治研究》2020年第24期。

〔9〕 参见林东茂：《刑法总则》，一品文化出版社2019年版，第10页。

〔10〕 参见〔德〕弗兰茨·冯·李斯特：《李斯特德国刑法教科书》，徐久生译，北京大学出版社2021年版，第5-6页。

〔11〕 参见张明楷：《法益初论》，商务印书馆2021年版，第33-49页。

〔12〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第7版），商务印书馆2016年版，第611页。

〔13〕 参见前引〔7〕，钟宏彬书，第227-232页。

来的难题。

第二，集体法益限制机能的象征化。在社会契约的思想基础上，启蒙—自由主义的传统目标总是源源不断地抵御各个领域限制自由的趋势，^{〔14〕}刑法保护的法益则自然地携带了自由主义的基因，这一观点得到较多认可。也有学者溯源法益理论的发展，认为无论是宾丁、李斯特等法益创始学者的理论，还是更早期的比恩鲍姆提出的“财侵害说”、费尔巴哈的“权利侵害说”，并不真正承袭启蒙思想哲学体系所强调的自由主义，反而将国家置于“自由秩序维护者”的道德制高点，法益理论实际上被国家理念所替换，^{〔15〕}不仅没有起到限制国家犯罪化的权力的功能，还反过来为国家刑罚权的扩张提供正当性说法。^{〔16〕}以抽象危险犯的方式保护集体法益的路径就面临这种问题，法益的限制机能在这种场合难以发挥效果，原因在于，这一路径原本就不是以法益的限制机能为出发点的。比如在虚开增值税专用发票罪的认定中，行为人只要实施了虚开行为，即便国家税款没有真正遭受损失，也会被认定为构成犯罪，主要理由即是虚开行为侵犯了国家税务管理制度，但这种说理缺乏实质理由。在这种场合中，保护集体法益已经成为抽象危险犯扩张的主要理由。

第三，集体法益的保护途径象征化。通过抽象危险犯保护集体法益有利于减轻证明难度和证明负担，使得原本权利枷锁沉重的刑法适用变得轻盈、快速。与其认为抽象危险行为该当犯罪构成，就认定行为与抽象的集体法益之间形成了一种既定的、隐形的破坏力，不如认为抽象危险犯是专门针对不法行为的非价评论。加之集体法益本身为刑事立法提供了更多预防和安全的导向，这样一来，通过规制离实害结果更远的行为来预防法益遭受侵害成为更“难以拒绝”的选择。但是，这种保护途径有象征化的趋势。在预防刑法的语境当中，刑事立法只不过是环绕在法秩序不可侵害性的前提下，试图通过立法来实现刑法积极的一般预防功能，并相信刑罚可以解决当代社会的重大风险难题，^{〔17〕}具有不确定性和难以捉摸特性、“越早越好”内在扩张逻辑的预防思维，隐含着扩张和模糊刑法干预界限的风险。^{〔18〕}预防导向越强烈，社会民众越能够通过刑事立法口号式的规定强化对法的信赖与忠诚，并获得抵抗不确定社会风险的心理安定感。

综上，经济刑法中集体法益象征化具有三个面向，这种象征化的内涵、机能与保护途径，的确会导致抽象危险犯的扩张适用。虽然对于重大的集体法益而言，采取抽象危险犯来对其进行保护是不得已的立法选择，但为了保证刑法准确、集中地打击真正具有严重社会危害性的行为，我们依旧有必要对此进行反思考察，促使集体法益的机能能够进一步落地，从而更好地适用法律。

（二）正确发挥集体法益的机能

如果认为法益论是刑法理论的基石，那么也可以认为集体法益是经济刑法的基石。集体法益对于经济刑法的建构具有重要的意义。未来的整体方向应当是，经济刑法应当去伪存真地揭开法益象征化的面纱，慎重看待以抽象危险犯保护集体法益的路径，回归法益原本限制刑罚权的机

〔14〕 参见〔德〕克劳斯·罗克信、樊文：《刑法的任务不是法益保护吗？》，载《刑事法评论》2006年第2期。

〔15〕 参见黄宗旻：《法益论的局限与困境：无法发展立法论机能的历史因素解明》，载《台大法学论丛》2019年第1期。

〔16〕 参见劳东燕：《风险社会与变动中的刑法理论》，载《中外法学》2014年第1期。

〔17〕 参见古承宗：《风险社会与现代刑法的象征性》，载《科技法学评论》2013年第1期。

〔18〕 参见何荣功：《预防刑法的扩张及其限度》，载《法学研究》2017年第4期。

能,谨防集体法益成为象征化立法的借口,空有形式而无实质。至于如何促使法益机能落地,本文认为可以从以下方面展开思考。

1. 把握集体法益的根本特质

应然层面的集体法益是什么?这并非一个纯粹理论性的设问。当我们已经习惯并接受了刑法条文中的金融秩序、税收征管秩序、对公司企业的管理秩序等属于集体法益的说法之后,就难以回头思考这些究竟是否属于应然意义上的集体法益。通常来看,这些抽象的集体法益产生的方法是将构成要件反面描述后加上“制度”“秩序”等后缀,以理念性建构为主要内容。^[19]如前所述,不易把握的抽象性导致实践适用进一步夸大其易受侵害性。集体法益归根结底脱离不开法益的本质,其同样是受到法保护的生活利益。集体法益内涵复杂,从不同的侧面切入可以得出不同的解读,学界提出秩序、制度、安全、自由等观点来解释集体法益,均有各自的立场与出发点。一方面,集体法益往往以制度、秩序等刚性的抽象名词作为承载外壳;另一方面,由于任何制度、秩序都有其内在追求的价值目标,自由、民主、安全、稳定等一个方面或者多个方面的价值都有可能被一套制度所涵盖。所以,高度的抽象性是集体法益难以克服的天然属性。德国学者黑芬德尔(Hefendehl)体系性地提出,集体法益具有不可分配性、非排他性与非敌对性,^[20]基本上高度总结了集体法益的一般要件,这也是对承载集体法益的制度所提出的归纳结论。基于上述要件,结合我国本土经济社会的语境,应当对集体法益的内涵作出如下解读与推进:

第一,从内涵上看,集体法益是指经济社会中的经济主体能够无差别地通过竞争享受应有的利益。我国社会主义市场经济正在蓬勃发展,市场机制的良好运行是市场经济的重要保证。市场机制是通过自由竞争形成的相对价格体系和独立自主、自负盈亏的企业制度实现的。^[21]社会主义市场经济的发展离不开自由竞争与独立自主两个面向,市场主体若想拥有独立的经济利益,必须通过正当的自由竞争来获取,那么集体法益的存在则是为了保证每一个市场主体都可以进行自由竞争。比如,《刑法》第229条的提供虚假证明文件罪是指承担资产评估、验资、验证等职责的中介组织人员故意提供虚假证明文件的行为。经济活动往往以利益最大化为目标,但是市场主体在追逐利润的同时可能损害他人利益,从而危及社会整体福利的提高,因此中介机构以独立、客观、公正的角色为市场主体提供充足的信息,从而促进市场资源的优化配置。^[22]为了保护中介的独立性、平衡市场交易活动之间的信息不对称性,国家通过行政许可法等系列行政法规及刑法对中介机构进行规范,以公法的效力促使中介机构提供真实有效的评估证明文件。在经济学中,平衡有限的资源与无限的欲望是一个普遍的经济问题,这其中必然导致竞争。^[23]提供虚假证明文件的行为必然人为地造成某一部分人在市场竞争中获得优势,从而减损他人通过竞争获得优势的机会。

由此,在市场经济中,集体法益的内涵即是经济主体能够无差别地通过竞争享受应有的利

[19] 参见陈金林:《现象立法的理论应对》,载《中外法学》2020年第2期。

[20] 参见前引[7],钟宏彬书,第252-253页。

[21] 参见吴敬琏、刘吉瑞:《论竞争性市场体制》,中信出版社2017年版,第29页。

[22] 参见孙国志、张炎培编著:《信用经济:启动中国经济腾飞之钥》,企业管理出版社2005年版,第140页。

[23] 参见〔美〕马克·史库森:《经济逻辑》,苏娜译,中国友谊出版公司2021年版,第23页。

益。如果只是保护部分特定主体或个别主体经济利益的法益，难以认为是适格的集体法益。

第二，从范围上看，集体法益体现出经济主体自由（个性行为）的最低限度重合部分。法益是法律保护的生活利益，与法的精神、主旨具有连贯一致的内涵。刑法既是一部保护所有人的大宪章，也是一部适用于所有人的行为规制法。刑法的受众必定具有无限丰富的个性，刑法需要处理的是如何在无限个性中寻求共同之处。在对于个性的看法上，罗素有着经典的论述：“社会要进步，就需要一些不同寻常的个人，他们的行为虽然有益，但却不是应当普遍化的那种。在高度组织化的社会里，对这些个体的行为，始终有一种过度限制的趋势，但是在另一方面，如果社会完全不加控制的话，产生出一个有价值的创新者的同一种个人主动性，却也可能产生一个罪犯。”〔24〕同理，在经济社会中，市场主体有从事具有个性的经济行动的自由，而这些自由行为当中隐含着积极创新的因子。刑法参与经济社会的治理，对于个性行为应具有最低限度的规制力度，那么经济社会中适格的集体法益也必定包含所有人最低限度重合的个性行为。

2. 正确理解集体法益与个人法益的关系

突破集体法益难题并不在于全面废除法益理论，也不在于费心创造出多个全新且更难判断理解的新名词来替代法益理论，应大胆承认集体法益的高度抽象性。国家、社会固然源于个体，也为了个体福祉而存在，但这和集体法益是否都可以还原成个人法益并非一回事。〔25〕个人法益中也存在抽象的法益，而且，不能还原为个人法益不代表集体法益缺乏可解释性。

一方面，如果个人法益可以独立地囊括一个特定领域中法律所需要保护的生活利益，并无集体法益存在的必要。比如，刑法分则第四章中，人的生命健康、身体完整性、人身自由、性自由权等个人法益基本得到较为全面的保护，那么就没必要在这一章额外增设一个集体法益。换句话说，如果个人法益能够解决问题，不需要额外增加集体法益。集体法益处理的一定是个人法益所不能独立评价的利益。

另一方面，部分集体法益虽然不能还原为个人法益，但其内涵必然从属于个人法益，其解释必然蕴含个人法益的要素或者可以实质判断的要素。比如，生产、销售有毒、有害食品的行为，侵犯了国家对食品安全的管理制度，进一步讲，侵犯了这一制度最重要的内容——国民的生命健康权。又如在骗取贷款罪中银行贷款没有损失，或者在虚开增值税专用发票罪中国家税款没有损失，在制度保护的实质性内容没有遭受损失的情况下认定行为侵犯了制度法益，这种思路没有真正理解集体法益的内涵。所以，在解读集体法益的过程中，制度是辅助理解法益实质内涵的通道，要对制度的实质内容作出理解才能真正把握集体法益的内涵。单纯为了保护所谓的制度来设定一个刑法罪名，难以成立刑法上的正当性。刑法毕竟是有别于行政法的社会控制工具，对于值得刑法保护的法益，都应当作出可罚性程度上的考量之后才能动用刑罚，更何况单纯的行政制度法益。

3. 实质化限缩集体法益的保护方式

偏好以抽象危险犯的方式保护集体法益，确实产生了一些立竿见影的效果，却也具有难以忽

〔24〕〔英〕罗素：《权威与个人》，商务印书馆2012年版，第38页。

〔25〕参见陈家林：《法益理论的问题与出路》，载《法学》2019年第11期。

略的弊端。无须判断因果关系与危害后果的抽象危险犯是否是集体法益最优的保护方式？答案未必是肯定的。自从2011年醉驾入刑以来，危险驾驶罪的案件数量不断攀升。2021年1月至9月全国检察机关起诉罪名中，排在第一位的是危险驾驶罪263281人，同比上升30.6%。^{〔26〕}刑法以严厉的姿态介入了醉酒驾驶这一社会现象的治理，客观而言在一定时期内确实取得了不错的效果，但同时付出了大量的司法资源，也造成了标签效应下大量的“社会对立面”。由此引发的思考是，为了追求立竿见影的规制效果，是否值得以抽象危险犯的方式保护集体法益，并面临由此造成的更复杂的社会问题。

本文认为，有必要对以抽象危险犯保护集体法益的方式作出实质性限制。就刑事立法的整体理念与框架而言，应慎重使用抽象危险犯来保护集体法益。抽象危险犯是对法益保护的早期化，既然刑事立法选择了以抽象危险犯作为保护集体法益的方式，那么客观上来说就无法期待司法实践能够对所谓的因果关系、实害结果或现实危险作出认定。集体法益天生的高度抽象性，不仅令司法者难以捉摸，即便在立法过程中，也很难直接对其内涵作出实质性解读。有必要慎重适用这种保护的方式，毕竟刑事立法不能逾越法益保护、刑法谦抑的基本原则。无论理论探讨对集体法益作出何种角度的解释，都不能否认法益理论内部确实蕴含着刑罚权限度的深层次机理。法益保护原则已经成为贯通刑法设定与适用中的一个不可避免的判断因素，对于刑法设定来说，法益侵害与否是行为是否应当入罪的重要审查因素；对于刑法实践适用而言，须遵循法益保护原则，依法判断行为是否严重侵害法益，从而认定是否构成犯罪。法益保护原则始终是立法与司法正当性的底色。既然如此，刑事立法如果要选择以抽象危险犯的方式保护集体法益，就必须充分论证其正当性。此外，应当避免混淆刑事立法上的正当性与刑事政策上的必要性。抽象危险犯是否能正确抗制经济犯罪需要判断其目的的正当性，则只能来自教义学的证成，而非刑事政策层面的超规范演绎。^{〔27〕}法益理论应当是一种限制刑法干预的手段，而非造就刑法扩张的理由。从立法技术而言，刑事立法应对集体法益进行有层次地保护，适当对抽象危险犯的构造作出改进，以限制其在司法适用中愈加宽泛的规制范围。

三、我国经济刑法处罚抽象危险的应然范围

“一切法律所具有的或通常应具有的一般目的，是增长社会幸福的总和……而所有惩罚都是损害、本身是恶。”^{〔28〕}讨论经济刑法处罚抽象危险的限度，无非是在讨论如何以最低限度的恶来遏制更大的恶，本质上是国家运用刑法治理经济社会的公权力超越个人自由的限度问题。

（一）经济刑法中抽象危险犯的适格条件

如前所述，集体法益具有高度的抽象性与扩张潜能，正因为如此，利用抽象危险犯保护集体法益的处罚范围应得到谨慎把握。具体来看，刑法中抽象危险犯的适格条件包括如下方面：

〔26〕 参见《2021年1至9月全国检察机关主要办案数据》，载 https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202110/t20211018_532387.shtml#2，最后访问时间：2022年2月8日。

〔27〕 参见马春晓：《经济刑法的法益研究》，中国社会科学出版社2020年版，第160页。

〔28〕 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2000年版，第217页。

1. 控制抽象危险行为入罪的相关因素

抽象危险犯是对保护法益具有危险（推定）的行为，对“危险”的理解与认定是抽象危险行为入罪的起点。“任何刑法典所禁止的行为都可以按照与法律试图预防的最终危害的远近程度排列。”〔29〕如果市场活动的自发性无束缚地向垄断发展，从而导致市场不能有效地合理配置资源，或者没有国家力量来管制货币供应等宏观经济总量，从而造成严重的、不可回转的危害后果，这对于市场经济社会而言属于不可承受之重。为了有目的地、符合正当性地预防经济社会的最终危害，有必要严格把握抽象危险行为入罪的控制因素。抽象危险犯天生具有浓厚的行为无价值色彩，结果无价值的判断已经“消弭”于立法考量过程中，所以思考抽象危险行为的入罪控制因素有助于还原其结果无价值的判断过程。刑法惩罚行为的根本原因是行为具有严重的法益侵害性，换言之，主要包括以下两个方面：

第一，行为的实施具有直接导致严重危害后果的可能性。可以发现，以抽象危险犯为中心展开的思考不外乎在讨论“可能性”的问题，可能性往往蕴含着大量的不确定性，从而会在社会上催生“打得越早越好”的惩罚需求。那么如何在这种难以捉摸实质的可能性当中寻找确定性因素则成为关键。即便是对于比传统刑法具有更多管理、控制色彩的现代刑法而言，因法体系所形成的层次化惩罚体系始终存在，刑法究其根本也不会成为唯一的社会管理法。对于严重危害后果可能性的把握，在刑法当中依旧有必要坚持堵截性、第二位法的判断思路。社会是互相依存的，人作为具有自由思想的社会动物，从事的任何行为都会对他人有影响、有风险。刑法管控这种风险，必须出于行为能够直接导致严重危害后果的可能性这一考量，而判断的重点、因果关系不应当被泛化。具体而言，理解“行为的实施具有直接导致严重的危害后果的可能性”必须把握“行为”“可能性”之间的关联程度，抑或是，行为导致可能性的直接程度。这样一来，立法过程中所考量的因果关系判断在这个时候得以还原。比如，食用假药会对人的生命健康造成严重甚至是致命的危害后果，而生产并销售假药的行为就具有了对人的生命健康造成危害后果的可能性。在这个节点上，国家以管制的姿态介入并取得对药品管理的公权力，继而通过刑事立法规定，生产、销售假药的行为是一种产生抽象危险的行为。在判断生产、销售行为与严重危害后果可能性之间，确实也可以作出以下立法推论：生产成功或销售成功的假药，无论受害者是否已经真实地食用，都客观上直接产生了危害后果的可能性，包括对国家管理制度的危害与对潜在用药者的危害。根据2014年《药品安全解释》第6条的规定，印制包装材料、标签、说明书的行为也被解释为生产行为，有观点可能认为这属于当然解释。但是，这种解释已经过度拉长了“直接造成可能性”的因果链条。印刷假药所需要的包装等行为，难以被认为具有直接造成严重危害后果的可能性。2022年《药品安全解释》删除了这条，体现出司法机关对于抽象危险犯的限缩理解立场。因此，严格理解行为具有直接造成危害后果的可能性，是突破抽象危险犯象征性外壳的关键。对于行为的范围、直接性判断、可能性判断的理解，是抽象危险行为入罪所需要控制的第一个层面的要素。

第二，行为的实施意味着危险状态已经到达非刑事法律规范能够管控和消减风险的临界点。

〔29〕〔美〕哈伯特 L. 帕克：《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社2008年版，第267页。

在行为的范围、直接性判断、可能性判断之后,还需要考量严重的危害后果可能性的理解。抽象危险犯预设的或然率有两个特征,其一是统计上的高或然率,其二是行为人个人难以认知与管控,会因为无知或过度自信而判断失准。^{〔30〕} 本文认为,这种严重的危害后果可能性,需要结合法秩序统一的原理进行判断,行为造成严重危害后果的可能性所呈现出来的危险状态处于行政规范所能及的管控范围边缘,已经到达行政权力所能救济的范围的临界点。这样理解既不会混淆行政不法与刑事不法的关系,也能准确地划分惩罚效果的层次性。比如,在虚开增值税专用发票案件的认定中,行为人虚开增值税专用发票后没有抵扣,国家税款没有遭受损失,那么虚开行为就没有造成刑法上实质性的法益侵害。即便虚开行为违反了国家发票管理制度,也没有超出行政法的管制范围。再如,根据2014年《药品安全解释》第6条^{〔31〕}规定,在将药品原料、辅料、包装材料制成成品过程中进行储存、包装的行为属于“生产行为”。即便立法认为生产过程中一些边缘行为如储存、包装行为没有过度拉长“直接造成可能性”的因果链条,这些行为也面临第二拷问即“危险状态”的质疑。可能有观点认为应体系性看问题,储存、包装的行为皆是生产流水线上的行为,是制成成品所不可避免的步骤。本文认为,一方面,类似这种观点的立场实际上过于强调因果链条的事实判断,刑法固然强调从事实上理解因果关系,却也讲究从价值上选择具有相当性的部分进行评价。刑法对于不法行为的非难评价应有主次之分,不能将所有生产线上的行为一视同仁地进行打击。实践对于法律规定的“生产行为”的理解则更加扩张,如从事假药铝膜及塑料包装袋印刷工序亦会被认定构成生产假药罪。另一方面,就抽象危险行为所造成的危险状态(严重危害后果的可能性)而言,包装、存储行为的实施完成并不意味着危险状态已经发展到了超出行政法管控的范围。

2. 对行为范围进行层次化、有限度地立法并注重解释方法的选择

在把握抽象危险行为入罪的两个控制因素的基础上,应讲究立法的明确性,这是遵循罪刑法定原则的应有之义。抽象危险行为所侵犯的集体法益具有高度的抽象性,只有设置明确的法律条文才能在司法适用中保持可操作性与正当性的统一。对于立法者而言,采用抽象危险犯的方式保护集体法益,是一种权衡之下的选择。抽象危险犯是超前的法益保护模式,其立法技术相比于实害犯更具难度。抽象危险行为的范围和类型,在立法层面应得到明确地、有节制地规定,比如,对于擅自设立商业银行等金融机构筹备组织,本属于擅自设立金融机构的预备行为,如果刑法要将这种预备行为进行正犯化评价,至少应当在刑法典中将该预备行为作为一款规定加以明确,否则在司法适用中预备行为就绝对只能被评价为预备犯,不可将其拔高评价为正犯行为。

本文认为,对于抽象危险犯的行为方式,应明确规定其行为类型,并尽量减少堵截条款的适用。毕竟,抽象危险犯加上堵截条款就形同在极具扩张天性的概念上进行难以把握限度的扩张解释。在这一基础上,立法解释及具有准立法性质的司法解释,有必要理性选取解释方法,以限缩解释为原则是限制抽象危险犯过度扩张且遵循罪刑法定原则的有效方式。比如生产销售有毒有害食品的行为,“生产行为”与“生产过程”的概念含义和语义范围是不一样的,在解释论上我们

〔30〕 参见周漾沂:《2016年刑事法实务见解发展回顾:食品安全、交通安全,与抽象危险犯》,载《台大法学论丛》2017年第46卷。

〔31〕 2022年《药品安全解释》沿用了这一规定。

往往会将某个行为等同于某个过程，这就是披着当然解释外衣的、不被允许的类推解释，值得刑事立法审慎对待。

3. 对抽象危险行为进行前置性与后置性规定

正如前文所述，我国法律体系所架构的法律评价与惩罚体系是有层次的，包括抽象危险行为在内的不法行为，都会面临行政法、刑法的二次审核，甚至是民法、行政法与刑法的三重审核。所以，对于一个造就重大危害后果可能性的行为来说，除了对行为本身进行刑法非难，还需要对其瞻前观后。一方面，有必要注重该抽象危险行为的前置性行政规范衔接。从我国目前规定的系列抽象危险犯来看，大部分是违反了行政制度的罪名，这些罪名及其保护法益具有鲜明的制度保障色彩。任何制度都是整体性的存在，对于一些违反制度规定的行为，除了从刑法上思考其不法程度，还要注重与非刑事法律规范评价的实质性衔接。在擅自设立金融机构罪中，根据现行《银行业监督管理法》第44条的规定，擅自设立银行业金融机构或者非法从事银行业金融机构的业务活动的行为，尚不构成犯罪的由国务院银行业监督管理机构没收违法所得；《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第24条则规定，擅自设立商业银行等金融机构筹备组织的行为应以擅自设立金融机构罪立案追诉。根据上述规定，难以区分擅自设立金融机构行为的行政不法与刑事不法，最终可能面临单一的刑事不法评价。“尚未构成犯罪”“构成犯罪的”的类似说法表面上作出刑行界分，实际上难以具备可操作性，因此，抽象危险犯的设置必须与前置性行政规定明确区分开来，可以从设立行为完成的程度来区分行政法与刑法的评价范围。另一方面，还有必要注意该抽象危险行为所对应的实害犯的后置性罪名。抽象危险犯是为了超前保护意义重大的集体法益，但刑事立法并不会因为有了这种超前保护，就直接忽略后续实害犯的处罚。抽象危险犯之所以存在，是因为单纯处罚后继犯罪不足以保护集体法益，从处罚抽象危险犯到处罚后继犯从而延长重大集体法益的刑法保护，^{〔32〕}这是刑法处罚抽象危险犯的应有逻辑。

（二）经济刑法处罚抽象危险犯限度的类型化

理论研究的生命在于付诸实践适用，类型化研究是讨论实践适用的重要方式。本文从以下类型展开思考：

第一，与生命、健康个人法益直接关联的制度法益，可遵循上述抽象危险犯立法的适格条件进行保护，要重视对行为类型和范围的限制。比如已纳入抽象危险犯的生产销售有毒有害食品、假药行为，立法克制地在刑法条文中只采用了生产、销售两种行为模式，并没有列入运输等行为。而2021年《食品安全解释》、2014年《药品安全解释》却将运输、贮存甚至是印制包装材料、标签、说明书的行为解释为生产、销售环节行为。本文丝毫不怀疑上述规定的出发点是好的，但是这已经超出抽象危险犯的正当解释范围，难以被认为符合比例原则。我国刑法规定中，危险物品肇事罪、毒品犯罪等罪名都明确区分生产、销售、运输等行为，对于生产、销售行为采取了狭义的解释方式。既然与食药安全有关的抽象危险犯也采取了类似术语，那么为了保证刑法体系内部解释的一致性，有毒有害食品、假药的生产、销售行为也应作出狭义理解。经济社会是资源缺乏与需求旺盛的矛盾统一体，生产经营过程中不可避免地产生竞争与合作，从广义的角度

〔32〕 参见王良顺：《预防刑法的合理性及限度》，载《法商研究》第2019年第6期。

来看经济社会的运转也是对有限资源的有效配置、生产经营及使用,照此来看,所有经济社会中供应商实施的经营行为都可以称为生产行为,均时刻处于生产过程。显然,这种理解方式是非常危险的,已经过度扩张了刑事立法预设的正当范围。

刑法处罚这种类型的抽象危险犯,应于立法与司法解释当中贯彻明确、限缩的立场。具体而言,刑事立法应区分主要行为与整体行为过程,对主要行为采取抽象危险犯的保护方式,对次要行为采取实害犯的保护方式或者留由行政法管制。比如,对居于生产过程主要地位的合成、精制、提取行为采取抽象危险犯的方式,对居于次要、边缘地位的包装、印刷行为可采取其他方式加以规定。就司法解释的立场来看,对于类似“生产”这种词义范围较广的行为,应避免形式上当然解释而实质上类推的解释方法;对于类似“销售”这种词义范围较为狭窄的行为,应避免过度扩张的解释。

第二,对于维护制度稳定色彩较强的罪名,在采取抽象危险犯方式保护时应当重视行政法与刑法处罚界限的梯度性建设,并有必要进一步改进其行为构造,以强化实质性判断。在法益具有可恢复性、可救济性的行政犯中,可以考虑给予行为人弥补损失、恢复法益的余地。^[33]法律虽然将某一行为规定为犯罪,但在某一案件中,该行为并无实质上的法益侵害性,对这一行为不认定为犯罪,这并不违反罪刑法定原则。^[34]某个行为符合抽象危险犯的行为类型,形式上违反特定经济制度但却无具体法益侵害,也是抽象危险犯造成的处罚疑问。所以,这种类型的抽象危险犯的限度,可以被立法进一步具化。较为典型的是我国对于虚开增值税专用发票罪的处罚,对于虚开行为是否需要造成国家税款的损失,实践中有不同的处理思路和结果。比如,在欧某虚开增值税专用发票案中,法院认为涉案开票总金额1972220089.03元已申报纳税,未造成偷税的情况,且本案增值税专用发票是涉案公司为了向银行办理融资等目的,各公司之间互相开具的,是在封闭的圈子里流转,因此不会造成涉案发票被他人利用于偷税,不会造成国家税收流失的危险。因此认定行为人主观上不具有骗取国家税款的目的,客观上未造成国家税款损失,不构成虚开增值税专用发票罪。^[35]本文认为,这种认定思路是可取的,本案法院并不形式地理解与适用法律,因为行为不具有导致国家税款流失的危险,所以即便行为人实施了虚开行为,也无刑法评价的空间。

2020年7月22日最高人民检察院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》明确规定:“对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为,不以虚开增值税专用发票罪定性处理。”这一规定实质性地限缩了虚开增值税专用发票罪的认定范围。虚开增值税专用发票罪的罪状并不要求判断行为人是否具有骗税目的,行为是否造成税款损失,但是,如果不对上述因素加以判断,就会将一些仅仅形式上违反制度规定而无实质法益侵害的行为纳入刑法处罚范围,从而无限制地扩张处罚范围。因此,在虚开增值税专用发票罪的适用中,不能忽略国家税款没有损失这一重要事实而直接进行犯罪认定;在没有造成税款损失的案件中,应谨慎地认定行为人具有骗税目的。在这类案

[33] 参见前引[2],姜涛、柏雪淳文。

[34] 参见陈兴良:《入罪与出罪:罪刑法定司法化的双重考察》,载《法学》2002年第12期。

[35] 参见广东省佛山市中级人民法院(2017)粤06刑初32、33号刑事判决书。

件中，避免单纯以侵害所谓的集体法益为由将制度失范的行为直接评价为犯罪行为。

第三，涉及银行保护的危险犯，立法及其解释有必要强调危险行为的完整性。现代社会的银行在经济系统中占中心位置，致力于随时为经济提供支付能力。^{〔36〕}即便银行对于经济社会发展具有重要的意义，刑法的适用也要正确理解条文规定的本质，避免一味为了保护银行利益而扩大刑法处罚范围。比如，我国《刑法》第175条规定的高利转贷罪是指以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为，即本罪的成立必须满足一个目的、两个行为的要求，而并非简单满足“高利贷出”的情节就成立本罪。如果行为人通过正当合法的途径获得银行贷款，由于客观原因导致贷款闲置而将其贷出，应谨慎反推其申请贷款时具有转贷牟利的目的，并将其正当合法贷款的行为认定为套取贷款的行为。比如，某地一盐业公司向银行申请了3000万元的融资贷款额度并提供给镇政府使用，由于政府仅使用了其中2000万元的额度，为了不影响第二年授信，该公司遂召开领导班子会议决定将剩余1000万元额度予以转贷，由其下属企业银通公司开展应急转贷业务，以月利率1%~1.5%转贷他人。法院判决认为该公司构成高利转贷罪。^{〔37〕}本文认为，在涉及贷款闲置并被用作他途的案件中，有必要慎重根据转贷行为来直接肯定行为属于套取贷款，因为行为人合法取得贷款后，没有按照约定用途使用贷款，本质上属于一种民法上合同履行的瑕疵行为。如果这类案件中银行贷款没有遭受损失，难以认为本罪保护的法益受到严重侵害，刑法的介入应当慎重。

又如，在非法吸收公众存款罪的适用中，也应厘清本罪的本质属性。在经济刑法中，银行的垄断业务属于较为独特的集体法益。作为决定经济发展的重要推动力量，银行既能组织、动员社会资金，也是实施宏观调控的重要渠道。^{〔38〕}我国经济刑法设定了若干罪名专门保护银行等金融机构，包括《刑法》第174条擅自设立金融机构罪，第175条之一骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，第176条非法吸收公众存款罪，第187条吸收客户资金不入账罪，第193条贷款诈骗罪等。1995年《商业银行法》第11条规定：“设立商业银行，应当经中国人民银行审查批准。未经中国人民银行批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用‘银行’字样。”非法吸收公众存款罪主要为了保护银行等金融机构的垄断业务和地位，对于将本罪中的“公众存款”理解为“公众资金”的观点，本文认为有待商榷。

理解本罪中的“公众存款”，应当将其还原到动态的存贷款依存关系当中。商业银行、储蓄银行是存款机构，主要是指从个人和机构接受存款并发放贷款的金融中介机构，它们能够吸收存款用于贷款发放，这些贷款又可以派生出新的存款。^{〔39〕}存款与贷款息息相关，如果没有贷款的存在，存款的外观与社会资金无明显差别。吸收资金并非银行专利，保本付息并非存款本质，所以非法吸收公众存款罪应当是指行为人作为“信用中介”，从集资参与者处吸收存款，从而实现贷出牟利的行为。^{〔40〕}如果不审查资金用途，仅仅以符合非法性、公开宣传、针对不特定对象和

〔36〕 参见〔德〕尼克拉斯·卢曼：《风险社会学》，孙一洲译，广西人民出版社2020年版，第260-261页。

〔37〕 参见浙江省苍南县人民法院（2019）浙0327刑初54号刑事判决书。

〔38〕 参见陈卫东：《银行业发展及变革趋势》，载《中国金融》2020年第21期。

〔39〕 参见吴敬琏：《当代中国经济改革》，中信出版社2017年版，第259页。

〔40〕 参见陈思桐：《非法吸收公众存款罪司法过度扩张与纠偏》，载《东北农业大学学报（社会科学版）》2019年第2期。

保本付息四个特征来认定吸收公众资金的行为,存在司法过度扩张的疑虑。所以,抽象危险行为的完成也具备过程性,立法及其解释有必要完整看待行为的过程。

四、结 语

随着经济刑法越来越积极地处罚抽象危险犯,刑法处罚力度与限度的比例关系应被理论与实务重视。当刑法逐渐成为积极的社会控制手段时,有必要唤醒刑法界限的内外控制因素,审慎把握刑法参与经济社会治理的限度。无论采取何种立法方式进行法益保护,刑法作为司法法的角色始终不应当被改变,谦抑依旧是刑法应对新时期社会变化的底色与限度。

Abstract: The limit of economic criminal law punishing abstract dangerous crime is related to the limit of criminal law participating in economic and social governance and the degree of state power interfering individual freedom. Faced with the doubts arising from the concept of collective legal interests, limiting functions and the symbolization of protection methods, we should lift the veil of the symbolization of legal interests, examine its high abstraction objectively, and restrict the scope of regulation for abstract dangerous offenses based on clarifying the relationship between collective legal interests and individual legal interests. To grasp the punishment limit of abstract dangerous crime in economic criminal law, we should consider the following aspects. The first one is the related factors of controlling the crime of abstract dangerous act, including the possibility of directly causing serious consequences and the state of danger has reached the critical point that the pre-criminal law can control and reduce risks. Secondly, clarify the type and scope of behavior, and focus on narrowing the interpretation. Thirdly, pay attention to the setting of pre-emptive administrative norms and post-transition charges. From the perspective of typification, corresponding limitations are made to different types of abstract dangerous offenders.

Key Words: abstract danger, economic crime, economic criminal law, limit of punishment

(责任编辑:简 爱 赵建蕊)