


华东政法大学
刑法学博士文库

论刑法中 危险犯的“危险”

 上海人民出版社

郑明玮 著



华东政法大学
刑法学博士文库

论刑法中 危险犯的“危险”

 上海人民出版社

郑明玮 著

图书在版编目(CIP)数据

论刑法中危险犯的“危险”/郑明玮著.—上海:
上海人民出版社,2017

(华东政法大学刑法学博士文库)

ISBN 978-7-208-14463-7

I. ①论… II. ①郑… III. ①刑法-研究-中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 090755 号

责任编辑 龙 敏

封面装帧 陈 楠

论刑法中危险犯的“危险”

郑明玮 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 17.25 插页 4 字数 242,000

2017 年 5 月第 1 版 2017 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14463-7/D·3030

定价 50.00 元

国家社科基金重大项目“涉信息网络违法犯罪行为法律规制研究”
(项目编号:14ZDB147)阶段性研究成果

总序

在现代社会,刑法在人类社会生活、国家生活中依然演绎着举足轻重的角色,彰显出其无尽的魅力。刑法学作为一种文化的凝结,激发着一代代的学人为之皓首穷经,兀兀穷年,刑法学的发展正是这样薪火相传,生生不息。在这样的传承过程中,《华东政法大学刑法学博士文库》(以下简称《文库》)就像涓涓细流或一缕烛光,以学者或学子们自身的沉思和耕耘为刑法学的研究和刑事法治的发展注入自己的精神,闪烁出自己的智慧。继承前人之心智和毅力,“安知不如微虫之为珊瑚与赢蛤之积为巨石也”(章太炎语)。

华东政法大学刑法学科是上海市重点学科,早在1981年就获批设立刑法学硕士点,2003年设立刑法学博士点和博士后流动站,刑法学课程被评为上海市精品课程,学科曾得到联合国教科文组织和世界银行的重点资助。近年来,华政刑法学科一直走在全国同类学科的前列,致力于刑法学基础理论的研究与教学,取得了一系列高水平、令人瞩目的教学和科研成果,为国家培养了大批高层次、高质量的理论研究与教学人才、司法人才,成为中国刑法学教学和研究的南方重镇。学科依托华东政法大学刑法学研究中心,为研究刑法学的学人提供了坚实的平台和良好的氛围,《文库》就是中心推出的系列著作中的一部分。作为博士们思想和智慧的结晶,作为他们宣传和弘扬刑法文化的窗口,《文库》中的著作包含着华政刑法专业博士生们的追求、志向和期望,维系着他们对法治前景的憧憬。

古人曾经指出:理论和学术的追求在于“究天人之际,通古今之变,成一家之言”(司马迁语)。著书立说,匡济天下,一直是中国文人的最高追求,这一根脉至今仍然浸润在当代学人的精神深处。在我看来,作为刑法

文化的研究者，“弘扬、建构、批判”是基本的要求也是终极目标，也是《文库》追求的基本价值取向。

所谓“弘扬”，首先是指弘扬祖国优秀的刑法文化传统，发掘中国刑法文化中优秀历史遗产，汲取世界各民族一切合理的、现代的刑法知识成果，促进刑法的发展，促进法治的完善，促进社会的进步。无论是从文化发展的历史过程分析，还是从当代文化的构成体系分析，刑法文化都是人类生活不可或缺的选择方式，刑法的发展更是直接和明显揭示了人类价值与信仰的一种追求，刑法文化从一定意义上说是一个民族、国家和地区在一定的历史时期适应环境并取得成功的一种记录。圣人贤良无非是人类文化与智慧的代言人，正是他们在对困境的思考中，产生出了精湛的思想，创造了不朽的著作，形成和丰富了文化的宝库。刑法文化既有多样性的要求，又有一些共同的价值取向，这些都需要学者们去传递和弘扬。

所谓“建构”，实际上就是与时俱进。从一定意义上说，刑法是稳定的但又是滞后的，刑法文化需要弘扬但更需要改造，尤其是处于社会转型时期的中国，社会生活日新月异，法治的许多领域都在改弦更张，在旧有体制逐步解体过程中，新的体制尚未确立的边际，建构成为一项重要的使命，这是社会的迫切要求，也是理论研究者的历史责任。就刑法而言，存在着大量的如哈特所说的“空缺结构”，需要我们去应对、去补缺，建构较为完备的刑法学理论，建立科学的刑法学体系，以制度的建构促进观念的更新成为理论的重要使命。

具体而言，这种建构包括博士们对于自身学术理论的建构，对于刑法制度的设计，也包括对于作为他们研究和学业成果的《文库》本身的建构。荀子在《劝学篇》中说道：“不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。骐骥一跃，不能十步；弩马十驾，功在不舍。”我坚信，在他们继往开来的努力中，一定会在我国刑法学术体系的建构中确立自己的位置和人生轨迹。

所谓“批判”，既是一种方法论也是一种思考的结果。建构与批判实际上是一个事物的两个方面。对于刑法学的研究同样既是一个建构的过程又是一个批判的过程。新的理论的建构、理论的完善必然包含着对于旧的理论、理论缺陷的否定或修补，否定或修补就是一个批判的过程。而立足

于批判基础上的刑法理论必将促使人们去建构和完善刑法的理论和思想。当然,由于方法论的不同,建构与批判具体表现在行为的方式和思路上也会有较大区别。据此我们也会发现在《文库》的一些著作中,有些著作更倾向于建构某些理论,有些著作则更为突出对于现实的批判,为人们提供思考的方法和路径。批判的方法张扬了理论和学术的独立性,体现了学术的本质冲动,体现了学术存在的内在必要性,为打破知识视野的局限性提供了批判的武器,当然在现实性较为直接的刑法学领域,有时又显得束手无策。但无论如何,质疑和批判绝非仅仅是一种情绪化的产物,而应该建立在广博而全面的知识积累基础上,也应该建立在冷静的理性论证的前提下。

“文章千古事,得失寸心知。”本《文库》所追求的“弘扬、建构、批判”宗旨只是一种外在形式表达,从实质上说,博士应该有博学之才,应该是有识之士。他们可能青灯素面,他们也可能守土一方,但是作为“士”,诚意、正心、修身、齐家、治国、平天下的观念应该是不变的信条,著书立说应该是一件庄重而严肃的事情,应该是战胜自我,洁净心灵,悟透人生的过程。伟大的时代召唤着与其相适应的理论成果和人格性情,我衷心希望更多的博士们经过自身矢志不渝的追求,走在时代的前列,成为社会发展的动力源。

刘宪权*

* 荷兰伊拉斯谟大学法学博士,现任华东政法大学刑事法学研究院院长、教授、博士生导师,兼任国际刑法学研究会中国分会常务理事,中国刑法学研究会副会长,上海市法学会刑法学研究会会长,上海市人民检察院、华东政法大学职务犯罪预防研究中心主任。

前 言

20世纪以来,随着科学技术的快速发展和全球化的急剧扩张,人类社会经历了一场根本性的变革。在这个变革过程中,产生了各种各样新型的“危险”。“危险”正成为现代社会的主要特征。为防范各种现代化的“危险”,立法者往往会选择以“危险犯”作为立法模式,提前发动刑罚权,堵截行为人的行为对法益造成的实害性结果。由于危险犯的立法模式是在行为尚未造成实害性结果的情况下,就对行为人进行处罚。因此如何理解刑法中危险犯的“危险”,划清“危险”的内涵和外延,决定了刑罚圈的大小,关系着刑法保护法益机能与人权保护机能之间的平衡。

本书从风险社会背景下的社会“危险”着手,通过探寻“危险”的本质,界定“危险”概念;明确具体危险犯与抽象危险犯的分类标准,划清刑法中具体危险犯与实害犯,抽象危险犯与行为犯之间的界限;尝试建立起具体危险的判断方法和抽象危险范围限缩方式的理论框架。除导言外,本书共分为五章。

第一章在论述风险社会背景下特殊“危险”的特征与表现的基础上,探究刑法在面对现代化危险时的应对之道。广义上的危险,除了指代来自外来的,不为人的行为所决定的外来因素的冲击外,同样也可以包括现代化社会中基于人类行为选择或制度缺陷所产生的各类危机。但是为了说明现代化社会中取决于人的行为所产生的各类危险与传统社会中主要来源于外界的危险的特殊性,社会学界对现代化社会中基于人类行为和选择产生的各类危险,习惯使用“风险”一词予以概括,以示与传统社会中危险的区别。现代化社会中的危险是社会现代化的产物,社会现代化的“阴暗面”是现代社会危险产生的原因。现代化社会中的危险具有不确定性、复杂性、扩散性和“二重性”等特征。现代化社会的危险是人造危险,其破坏力巨大,具有不确定性、平等性和全球性。现代化社会的危险是制度危险,是

资本主义制度的制度危机,其主要表现为制度的冲突和制度的缺失两个方面。现代化社会的危险是科技理性异化的危险,科技的发展偏离了科技服务于人的目的,成为了社会风险的源头。科技理性的异化首先源于科技系统的失败;其次科技理性的异化是因为科技发展脱离了社会理性的规制;科学理性的异化更本质的原因是在于人类社会对于科学技术滥用。我国现在正处于具有中国特色的“风险社会”之中。其危险主要表现为:经济发展不平衡导致的风险;制度缺陷导致的风险;环境恶化导致的风险;经济全球化带来的风险等。

在加大对各类现代社会新型危险治理力度的呼声下衍生出来的“风险刑法”理论,近些年来在刑法学界引起了广泛的关注和讨论,但是我国刑法学界对“风险”的理解有泛化的倾向。如果将“风险”作过于泛化的理解,不但“风险刑法”理论中反思现代性的特定价值将荡然无存,所谓的“风险刑法”也会变成一个无所不包的大口袋。风险社会对刑法的挑战主要表现为对传统刑法上的法益概念的冲击和对传统刑法归责理论的冲击两个方面。所谓风险刑法是一种将刑法功能化的立法趋势。风险刑法将扩大危险犯范围、新型犯罪入罪等一系列在风险社会下的刑法发展现象进行类型化研究。风险刑法对传统刑法理论发展主要表现为法益概念的抽象化和扩大化以及罪责的功能化与客观化。风险刑法理论与传统刑法理论存在的矛盾和冲突表现为:由于法益概念的抽象化与扩大化,容易造成刑法处罚的扩大化;罪责理论的功能化与客观化,导致罪责范围的扩张。因此风险刑法的理论扩张必须在一定的限度内进行,以实现风险刑法与传统刑法之间的协调。风险刑法理论是传统刑法的补充;风险刑法理论也应受刑法基本原则的制约;风险刑法应当坚持罪责原则;风险刑法理论应当遵循比例原则。

第二章在探讨危险犯的立法依据的基础上,探究危险犯中“危险”的本质。危险犯设立的理论基础在于,危险犯的设立是刑法对于社会现代化“危险”的必然应对,是法益保护早期化的必然要求。危险犯的设立是基于风险社会中的刑事政策的必然选择,有助于刑法一般预防功能的发挥。危险犯的设立弥补了未遂责任追究的障碍与漏洞,是对行为人不法意

志的完全评价,具有预防犯罪的功效,解决了某些犯罪的实害结果认定困难的问题。

从刑法的历史来看,“实害”的概念出现远远早于“危险”的概念。关于危险犯中危险本质的源头,可以追溯到现代刑法理论中有关古典学派客观主义和近代学派主观主义的争论中。主观危险说与客观危险说之间的争论基本点在于危险究竟是一种“判断”还是一种“状态”。所谓危险,应当是指有法益侵害可能性的一种被判断的状态。在我国刑法中,对危险本质的传统看法具有明显的主观危险说的倾向,不甚合理。就危险本质而言,具体危险说的看法更具有说服力。具体危险说符合我国现行刑法对犯罪的构造方式;具体危险说在危险判断上强调标准的“客观性”,限制了危险存在的范围,防止刑罚的随意发动,有利于人权的保护,实现刑法的保护机能和保障机能的协调发挥;同时具体危险说的判断具有坚实的社会基础。

第三章在界定危险犯的概念的基础上,以“危险”性质不同作为标准,将危险犯划分为具体危险犯和抽象危险犯两类。危险犯这一概念来源于大陆法系刑法理论,我国学者往往从处罚依据、犯罪成立、犯罪既遂等三个不同的立足点定义危险犯。首先应当排除从处罚依据的角度对危险犯的定义。以犯罪既遂的角度和犯罪成立的角度对于危险犯的定义并无实质的冲突,但并不全面。要科学、全面的定义危险犯,揭示出危险犯概念的本质,必须从危险的根本性质着手。在危险犯这一概念统摄下的具体危险犯与抽象危险犯的“危险”所反映的结果无价值与行为无价值的理论侧重点各有不同,因此,以统一的概念描述危险犯的整体,无论侧重于结果无价值还是行为无价值都会有失偏颇。所谓危险犯,是指以发生一定法益侵害之危险或者由实行行为符合构成要件中所预定之抽象危险发生即构成犯罪既遂的犯罪。从处罚根据的角度出发,危险犯与未遂犯之间并没有本质的区别,但从刑事立法规范性出发,危险犯的“危险”是被立法者挑选出来的,需要特别保护法益的危险。经过分则的设定,危险犯成为了既遂犯的一种类型,与未遂犯之间具有了本质的区别。具体危险犯的危险与实害犯的实害结果一样,都是犯罪结果的表现方式之一,具体危险犯属于结果犯。抽象危险犯是行为犯的一个下位概念,行为犯包括抽象危险犯和其他行为犯

两类。危险犯与其相应的实害犯之间是基础犯与结果加重犯的关系。依据危险的性质不同,危险犯可以分为具体危险犯和抽象危险犯两类。抽象危险犯的危险侧重于行为无价值的考量,主要强调的是行为的危险性,而具体危险犯的危险则强调法益陷于危险境地的现实状态,反映了结果无价值的思想。

4

第四章在论述具体危险犯的概念、构造的基础上,着力于对具体危险判断理论体系的构建。具体危险犯是指行为人的行为是否具有足以造成某种后果的危险,需要根据具体案情加以判断的犯罪。刑法中的具体危险犯应当限定在对社会公共法益具有重大侵害性的犯罪和侵犯复杂客体的犯罪之中。在具体危险犯的客观构成要件中,构成要件要素除了个案中的“危险结果”外,还必须具有“危险行为”,以及“危险行为”与“危险结果”之间具有因果关系。具体的危险犯要求行为人针对行为客体实施了“制造法所不容许的风险”的行为;制造了一种相当的、不被容许的、风险意义上的具体结果的危险;并且应当就该行为和结果之间的因果关系是否存在作出具体的考量与判断。具体危险犯以存在危险的故意作为基础。对于危险往往意味着紧迫的实害结果发生的具体危险犯而言,危险故意往往与实害的故意相等同;对于危险只是对于实害结果发生具有指示性作用,危险的发生与实害结果之间的关系不具有紧密连接性的具体危险犯而言,其主观心态是对危险的直接故意与对实害结果认识的结合;对于危险的发生与实害结果的发生相距较远的具体危险犯来说,主观心态是危险故意与实害过失的结合。

具体危险从本质上来说,是人类以一定客观事实为基础所作出的一种判断。在具体危险的判断方面,可以采用两阶段的判断方式:第一阶段是“实害发生可能性的判断”,在这个阶段,是以事后判断的观点,考虑所有的事实,确认在具体个案中,对于刑法保护的法益有无产生实害的可能性。亦即考虑所有裁判时可以知道的事实,认为在通常情况下,此行为启动的因果关系链条是否会导致法益的实害。第二阶段进行“实害不发生的偶然性判断”,在此阶段同样是以事后判断的观点,考虑导致实害不发生的原因是否属于偶然。

第五章在论述抽象危险犯的概念、构造的基础上,讨论对抽象危险范围的限缩方法。所谓抽象危险犯,是指以实行行为符合构成要件中所预定的抽象危险就成立犯罪既遂的犯罪。以行为无价值的观点来看,抽象危险犯只是单纯的要求行为人为特定的行为,无要求任何实际的危险结果就可以构成犯罪。抽象危险犯虽然看似与刑法法益保护的要求不符,但其本质上仍是以法益的侵害作为其立法的指导,符合社会防卫的需要,有利于民众形成对于规范的认同感的刑事立法。站在刑法应该保护法益的立场,应当将所谓的抽象危险理解成为一般的危险较为妥当。抽象危险犯以行为的应受处罚性为基础,其行为要素包含了数个一般性构成要素的简略表述。这些要素都经过了立法者的选择与抽象,把过去发生过损害的经验,由复杂、混乱的事态转换成一致的、清晰的、确定的足以指出行为危险性的“表征”。抽象危险犯在主观上要求行为人对于构成要件所设定的类型化的行为具有故意。如危险驾驶罪就是故意犯罪,其罪过内容是行为人对危险驾驶行为的故意。而抽象危险犯对于实害性结果既可以是故意也可以是过失。

抽象危险中的“抽象”一词是对于危险的一种形式性设定。这种“形式”要求意味着抽象危险犯的危险范围在犯罪构成设定的范围内具有一定的普遍性和一般性。这也是行为无价值的要求。但是,这种一般性和普遍性并非绝对的,需要运用结果无价值的观点对其适用范围进行一定的限制。如果在个案中确实能够排除类型化、一般化的侵害行为具体危险性的存在,则应当将在特定情况下的行为排除在抽象危险犯的处罚范围之外,认为抽象的危险并未发生。

目 录

总 序 / 1

前 言 / 1

导 言 / 1

一、研究之缘起 / 1

二、研究之现状 / 4

三、研究之方法 / 7

第一章 风险社会与风险刑法 / 9

第一节 风险社会中的危险与风险 / 10

一、危险与风险的概念考察 / 10

二、现代化社会中危险产生的原因 / 14

三、现代化社会中危险的特征 / 16

四、现代化社会中危险的主要表现 / 20

第二节 我国社会中危险的主要表现 / 33

一、经济发展不平衡导致的危险 / 35

二、制度缺陷导致的危险 / 37

三、环境恶化导致的危险 / 40

四、经济全球化带来的危险 / 41

第三节 风险社会中的风险刑法 / 43

一、现代社会的危险对刑法的挑战 / 44

二、风险刑法的概念和特征 / 49

三、风险刑法与传统刑法理论的冲突 / 61

四、风险刑法的扩张尺度 / 64

•
•
•
•
1

第二章 危险犯的立法依据与危险的本质 / 72

第一节 危险犯的立法依据 / 73

- 一、反对设立危险犯的依据 / 73
- 二、危险犯设立的理论基础 / 76
- 三、危险犯设立在刑法中的作用 / 84

第二节 危险犯中危险的本质 / 89

- 一、危险本质学说探究 / 89
- 二、危险本质争论的基本点 / 103
- 三、我国危险犯中危险的本质 / 105

第三章 危险犯的概念与分类 / 111

第一节 危险犯的概念 / 111

- 一、德国、日本危险犯概念历史考察 / 112
- 二、我国危险犯概念的争论 / 117
- 三、危险犯概念的本质探寻 / 126
- 四、危险犯概念的辨析 / 133

第二节 危险犯的分类——以“危险”性质为标准 / 146

- 一、危险犯分类的争议 / 146
- 二、具体危险犯与抽象危险犯之关系论 / 153
- 三、新近分类理论的介绍 / 155

第四章 具体危险犯及其危险的判断 / 158

第一节 具体危险犯及其构造 / 159

- 一、具体危险犯设立的合理范围 / 159
- 二、具体危险犯的构造 / 161
- 三、具体危险犯的立法特征 / 177

第二节 具体危险的判断 / 178

- 一、传统的具体危险判断理论 / 180

- 二、修正的具体危险判断理论 / 185
- 三、我国具体危险判断理论的构建 / 192

第五章 抽象危险犯及其危险的限缩 / 201

第一节 抽象危险犯及其构造 / 202

- 一、抽象危险犯的立法根据 / 202
- 二、抽象危险犯本质探究 / 209
- 三、抽象危险犯的法益要素 / 216
- 四、抽象危险犯的行为要素 / 218
- 五、抽象危险犯的主观要素 / 220

第二节 抽象危险的限缩 / 224

- 一、抽象危险限缩的争议 / 225
- 二、抽象危险限缩的理论考察 / 227
- 三、抽象危险限缩理论的构建 / 241
- 四、抽象危险限缩的配套措施 / 245

人名翻译对应表 / 247

参考文献 / 249

后 记 / 260

导言

一、研究之缘起

什么是“危险”？这一问题在刑法学界素有争议。日本学者木村龟二曾经感叹：给“危险”下一个定义，一定是一个危险的定义。因为危险有多种多样的含义。^①但“危险”却又是危险犯中最基础的概念之一，它不但是危险犯的立法依据，关系着危险犯的违法性本质，还直接决定了危险犯的处罚范围。因此我们不能允许其一直处于定义不明的状态中。

随着现代社会的科学技术的不断发展，人类创造了巨大的物质财富和精神财富，大大提高了人类的生存质量。但随着人类社会的现代化程度的加深，同时也打开了“危险”的“潘多拉魔盒”。现代社会特有的各类“危险”直接对人类的生存构成了巨大的威胁。日益严重的环境污染和生态危机、核泄漏切实危害和核毁灭的巨大恐慌、恶性传染病世界范围的流行、恐怖主义蔓延等都使得人们的恐惧感与日俱增。危险浸染了生活中的一切并将万物都蒙上自己的阴影，骚扰着人类的神经并考验着保护人类自由与幸福的社会制度。以实害发生作为处罚前提的刑法观念已经不能适应现代化社会的需求，随着“刑法法益保护前置化”或“法益保护早期化”问题的提出，明确“危险”在刑法中的概念，划清刑法中“危险”的内涵与外延，成为刑法应对现代化危险挑战的前提条件，也是危险犯的立法基础。

在危险犯的领域中，关于“危险”的本质是什么，理论界存在巨大的争议。在现代化社会中，危险犯的立法例不断增多是大陆法系国家和地区刑事立法的共同趋势。如，在日本的早期刑事立法中，往往以对法益造成了实质性损害为原则，绝大部分的犯罪都是“实害犯”，“危险犯”仅仅是相对

^① 转引自鲜铁可：《新刑法中的危险犯》，中国检察出版社1998年版，第3页。

于实害犯的一种例外。但是,近些年来,日本刑事立法中加大了对危险犯立法例的应用,以立法例外出现的危险犯已经一跃成为了刑事立法的重要方式,成为刑事立法界的宠儿。^①在德国,危险犯特别是抽象危险犯的立法,在新近的刑法修正案中得到了充分的表现机会。^②从近 20 年来我国台湾地区的刑事立法趋势来看,危险犯,特别是抽象危险犯已经成为立法者保护某种重要制度或机制的主要手段。^③我国刑法的修订过程也与此趋势完全一致。我国在制定 1979 年《刑法》时,社会的工业化飞跃尚未展开,现代社会的各类“危险”尚未引起人们的重视,《刑法》中对于危险犯的规定主要还限定在对不特定的个人法益具有重大危害的放火罪、爆炸罪、投毒罪等传统危害公共安全犯罪的范围内。但是随着经济的飞跃式发展,社会现代化进程的加快,现代社会中的各种潜在风险在环境污染、食品安全、公共交通等领域逐渐地显露出来。为了适应这种社会的变化,我国在 1997 年《刑法》中对于危险犯的范围进行了扩充。不但完全的保留了 1979 年《刑法》中关于危险犯的规定,还新增加了非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪,抢劫枪支、弹药、爆炸物罪,生产销售不符合卫生标准的食品罪,妨害传染病防治罪,生产、销售假药罪等新的危险犯。为了适应社会发展过程中出现的新情况,在新刑法的实施过程中,通过刑法修正案的方式对刑法进行修改,又进一步扩充了危险犯的范围。在《刑法修正案(三)》中增设了盗窃、抢夺危险物资罪这一具体危险犯;在《刑法修正案(四)》中把生产、销售不符合标准的医用器材罪由实害犯修改为具体危险犯;《刑法修正案(七)》中妨害动植物防疫、检疫罪由实害犯修改为具体危险犯;《刑法修正案(八)》中除了增设了危险驾驶罪这一抽象危险犯,还把生产、销售假药罪由具体危险犯修改为抽象危险犯,改重大环境污染事故罪为污染环境罪,将其由实害犯修改为具体危险犯;在《刑法修正案(九)》中增设了非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪这一抽象危险犯,并扩

① 张明楷:《日本刑法的发展及其启示》,载《当代法学》2006 年第 1 期。

② [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《安全刑法:风险社会的刑法危险》,刘国良译,载《马克思主义与现实》2005 年第 3 期。

③ 林东茂:《危险犯与经济刑法》,台湾五南图书出版公司 1996 年版,第 30 页。

大了危险驾驶罪的处罚范围,将从事校车业务和旅客运输业务,严重超员载客和超速行驶,和违规运输危险化学品的行为划归在处罚范围内,并且对上述行为负有直接责任的机动车所有人、管理人同样予以处罚。

由于我们对危险犯的“危险”欠缺理论上的系统研究和梳理,对危险概念的认识并不统一。这往往会造成司法实践中对危险犯适用上的严重分歧。如在成都孙伟铭醉酒驾车危害公共安全案^①、张玉军等生产、销售三聚氰胺危害公共安全案^②中,学界对于以危险方法危害公共安全罪的适用范围的争议,除了对于刑法兜底条款不当扩大的质疑外,本质上也反映出不同学者间对于什么是具体危险,具体危险犯与实害犯有何区别,应当如何判断具体危险等问题存在的不同认识。而学界对于新设立的危险驾驶罪从主观心态认定到是否能够适用“但书”条款予以限制产生的多方位的争论,则反映出学者间对于抽象危险犯中的“危险”为何缺乏基本的共识。

面对危险犯立法例不断增多的现实,如何理解“危险”的概念,应当在什么样的理论上理解“危险”的本质,具体危险与抽象危险的分类是否合理,具体危险与抽象危险的实质区别为何,应当如何判断具体的危险,如何限制抽象危险的范围都是我们不容回避的有关危险犯的“危险”的基本问题。

^① 成都孙伟铭危害公共安全案。孙伟铭于2008年5月购买车牌号为川A43K66的别克牌轿车后,长期无证驾驶,并有多次交通违法记录。某日16时许,孙伟铭醉酒驾驶该车从成都市成华区万年场“四方阁”酒楼送其父母去火车北站后,又继续驾车沿成龙路前往龙泉驿区;17时许,孙伟铭驾车在成龙路“蓝谷地”路口从后面撞上正常行驶的川A9T332比亚迪轿车尾部后继续向龙泉驿方向高速行驶,行至成龙路“卓锦城”路段时,越过道路中心双实线,猛烈冲撞对面正常行驶的川AUZ872长安奔奔轿车,接着又先后撞上川AK1769长安奥拓轿车、川AVD241福特轿车、川AMC337奇瑞QQ轿车。致川AUZ872长安奔奔轿车内驾驶员张景全、乘客尹国辉、金亚民、张成秀死亡,代玉秀重伤,造成公私财产损失5万余元。法院经审理后认为,孙伟铭应以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。参见四川省高级人民法院(2009)川刑终字第690号刑事判决书。

^② 张玉军等人明知三聚氰胺是化工产品、不能供人食用,以三聚氰胺和麦芽糊精为原料,配制出专供往原奶中添加、以提高原奶蛋白检测含量的混合物(俗称“蛋白粉”)。至2008年8月,张玉军累计生产“蛋白粉”770余吨,销售600余吨,销售金额683万余元。张玉军等人生产、销售的“蛋白粉”被某些奶厅(站)经营者添加到原奶中,销售给石家庄三鹿集团股份有限公司等奶制品生产企业。被告人张玉军犯以危险方法危害公共安全罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。参见河北省石家庄市中级人民法院(2008)石刑初字第353号刑事判决书。

二、研究之现状

我国尚缺乏专门针对危险犯的“危险”深入系统的研究,以“危险”作为核心问题进行研究的文章仅有2001年马松建在《河北法学》上发表的《论危险犯的危险》、2007年陈家林在《云南大学学报》(法学版)发表的《论刑法中的危险概念》和吉林大学刘学峰于2006年以《刑法中的危险概念》为题撰写的硕士论文三篇。对于“危险”的研究往往包含在对危险犯整体的论述和对风险刑法的研究之中。

随着风险社会理论引入我国之后,风险社会理论在社会学、法学等社会学科产生了巨大的影响,成为了理论界热门论题。风险社会理论的构建者乌尔里希·贝克、安东尼·吉登斯等人的著作在21世纪初也先后被翻译引进,其中包括乌尔里希·贝克的《风险社会》、《自由与资本主义》,安东尼·吉登斯的《第三条道路及其批评》、《现代性的后果》、《现代性——吉登斯访谈》以及两人合著的《失控的世界》、《自反性现代化——现代社会秩序中的政治、传统和美学》等。在风险社会的背景下,要求刑法更加关注人的行为,对有可能对社会秩序造成严重损害的行为提前介入,防止实际损害发生,因此风险刑法理论应运而生。自劳东燕在2007年第3期《中国社会科学》上发表《公共政策与风险社会的刑法》一文以来,风险刑法迅速成为刑法学界的热门话题。据笔者统计,至今我国以“风险刑法”为题发表的学术论文共计80余篇,其中60余篇是在2011年至2013年这三年间发表的,另外以风险刑法作为背景对于刑法中各罪进行分析研究的文章更是不计其数。《法商研究》在2011年第4期和第5期以“风险刑法”为主题发表了一系列文章,包括夏勇的《民生风险的刑法应对》、陈兴良的《“风险刑法”与刑法风险:双重视角的考察》、刘明祥的《“风险刑法”的风险及其控制》、田宏杰的《“风险社会”的刑法立场》、刘艳红的《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》、苏彩霞的《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》、于志刚的《“风险刑法”不可行》、张明楷的《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,上述论文是我国刑法学界系统研究风险社会与刑法问题的代表性作品。2012年,郝艳兵和张晶以各自博士论文为基础,出版了《风险刑

法——以危险犯为中心的展开》和《风险刑法：以预防机能为视角的展开》两部专著，此为研究风险刑法的代表性论著。

现代化社会与传统社会不同的各类危险是风险刑法存在的基础。但是，我国刑法学界在讨论风险刑法时，对“风险”的理解有泛化的倾向。例如，有学者将我国近年来持续增多的群众上访、缠访、闹访视为现代社会风险的表现之一；将一段时间内增多的杀人、绑架、抢劫等恶性暴力刑事案件作为重要的“风险”；将恶意欠薪也作为导致社会风险的重要因素，认为恶意欠薪会对社会公共秩序的维护埋下隐患，导致恶性案件的发生。^①另有学者提出民生风险的概念，认为此为工业社会风险的重要表现形式，并认为虽然不是所有的民生风险都成立犯罪，但是作为引发民生犯罪的民生风险，无论其表现为实际的损害还是损害的风险，都应成为风险刑法的规制对象。^②还有学者将贪污贿赂犯罪也作为现代社会“风险”的一个方面，认为巨额财产来源不明罪是国家惩治腐败的重要手段，应当纳入风险刑法的研究范围。^③对于现代化社会中“风险”的泛化理解，使得学者们对于风险刑法的研究以及提出的各种对策并不统一。但总体来说，刑法学界还是对风险刑法持肯定的态度，虽有学者注意到了风险刑法理论与传统刑法理论之间的冲突性，但因此完全否定风险刑法存在必要性的观点尚属少数。法益概念的抽象化和刑法介入早期化是风险刑法的重要特征，而危险犯与实害犯相对应，是刑法介入早期化最重要的体现和标志。从风险刑法理论出发进一步探讨危险犯的危险概念的系统研究还十分缺乏。

危险犯作为刑罚早期化的最重要的表现，其与风险刑法的研究的发展也基本同步。德国学者早在1969年就指出“危险犯的研究已从刑法解释学上的继儿变成宠儿”。而日本学者山口厚于1982年出版的著作《危险犯的研究》对危险犯理论进行了系统而深入的探讨，使危险犯的研究取得了

① 邹易材：《风险社会语境下恶意欠薪入罪合理性之研究》，载《风险社会与刑事政策的发展学术研讨会论文集》，中南财经政法大学刑事司法学院2010年11月，第245页。

② 夏勇：《民生风险的刑法应对》，载《法商研究》2011年第4期。

③ 孟庆华：《巨额财产来源不明罪的几个问题适用探讨》，载《风险社会与刑事政策的发展学术研讨会论文集》，中南财经政法大学刑事司法学院2010年11月，第275页。