

危险犯研究

舒洪水 著



Research on
the Potential
Damage Offense

西北政法大學學術文庫

刑事法系列

法律出版社

危险犯研究

舒洪水
著



Research on
the Potential
Damage Offense

刑法学
研究
文集

刑法学
研究
文集

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

危险犯研究 / 舒洪水著. —北京:法律出版社, 2009. 9
(西北政法大学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9979 - 5

I. 危… II. 舒… III. 刑事犯罪—研究—中国 IV.
D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 174839 号

西北政法大学学术文库

危险犯研究

舒洪水 著

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.625 字数 246 千

版本 2009 年 9 月第 1 版

印次 2009 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9979 - 5

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北政法大学学术文库编辑委员会

编委会主任：贾宇

编委会副主任：赵馥洁 王瀚

编委会成员（以姓氏笔画为序）：

王周户	王政勋	王健	王楷模
王瀚	王麟	冯雪	闫亚林
刘进田	刘光岭	严存生	李万强
汪世荣	张周志	杨宗科	郭捷
赵馥洁	贾宇	高在敏	强力
韩松	谢立新	慕明春	

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政府培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院而变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才

重要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系;等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学的学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学缘结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

序

舒洪水同志博士毕业已经3年有余,作为他的导师,我与其相识、相处、相知亦有10余载,洪水在其博士论文的基础上修订而成的论著《危险犯研究》成稿后,邀我为其作序,我乐意为之。

在马克昌先生的倡导下,武汉大学法学院刑法专业研究生的选题以“精于细作”、“小题大做”的规范刑法学研究见长,洪水的博士论文《危险犯研究》就是一篇以危险犯的“细”做出的“刑法基本理论”的大文章。从小处着手,对刑法学中的细微之处进行精雕细琢是我对学生的要求,也反映了舒洪水同志一贯严谨的学术风格。毫无疑问,危险犯问题本身属于刑法学基本理论犯罪形态理论中较为细节化的一个研究范畴,亦是颇具有争议性的指向。舒洪水同志选择了这个有挑战性的论题,并较好地完成了论证。

《危险犯研究》一书有以下几个特点:

1. 理论观点有突破

(1)更全面地概括了危险犯的概念。认为危险犯是指,以行为人出于故意而实施的危害行为造成

法定的危险状态作为法定既遂标志的犯罪(直接故意的危险犯),或者是以行为人出于故意或过失而实施的危害行为造成法定的危险状态作为犯罪成立标志的犯罪(间接故意和过失的危险犯)。

(2)更明确地论证了危险犯的本质。该书认为,危险犯是实质的未遂犯、法定的既遂犯。危险犯的设立,目的在于针对法益未发生实害之前,犯罪行为亦应受到足够严重的法律的制裁,并以此为法律根据,透过设置这种特殊的犯罪类型,体现了国家对某种法益的主动性和积极性的法律保护。危险犯的危险属于犯罪结果的范畴,认为危险犯是行为的危险,其实混淆了危险和危险状态的概念。从自然的、实质的意义上说,危险犯是犯罪未遂;但在法律规定上,立法者将其设置为既遂,这是一种截断的犯罪构成。

(3)更清晰地分析了危险犯的停止形态。该书认为,危险犯并不属于既遂犯,而只不过是与之相对应的实害犯的未遂犯。根据故意犯罪的行为过程和阶段的理论,危险犯的行为或状态停止在犯罪过程中的哪一点才达到犯罪既遂,不仅取决于犯罪自身的特点,还与立法者依据统治阶级的意志评价其社会危害性有关。从犯罪本身来看,犯罪的未完成形态与完成形态总是不能等同的。只有立法者基于刑法价值的考虑,认为某些犯罪的未完成形态与完成形态具有某种意义上的价值上的等同,故对它们可同以既遂犯论处,虽然处罚可能不同。本书对危险犯的未遂和中止的详尽论述,也具有一定的独到见解。

(4)较充分地论述了过失危险犯的立法理由,提出了关于我国现行刑法中危险犯立法的建议,关于醉驾入刑的建议和理由,值得同行一读。

2. 注重研究成果的实用价值,立足于解决中国刑法中的现实问题

“法律的生命始终不是逻辑,而在经验。”许多刑法学问题,尽管我们在理论上可以找到满意的答案,但一涉及实践中的具体问题,却行不通。本书在研究中始终围绕着危险犯的概念、本质、危险的判断、危险犯的停止形态以及立法等具体问题如何解决的思路,对国内外刑法理论力求全

面、客观的介绍,并对不同观点逐一评析,再结合中国刑法的现实提出自己的认识和建议。如在论及危险犯的概念、本质、危险犯的判断,等等,不仅说理透彻,论证有据,而且观点明确,给人以耳目一新之感。

3. 文字表述力求简洁,但又不失深入

“危险犯”的研究属刑法学基本理论问题,专业性、学术性极强。而作者以其质朴的文风,将显得有些枯燥的理论问题用简洁流畅的文笔表达出来。这充分反映出作者扎实的文字功底和专业理论写作水准。在论证中,尽量与实践中的案例或存在的实际问题结合起来,这样不仅有助于具体问题的解决,也增加了理论在实践中的可操作性。对不同的学术观点和学术思想都尽可能从其产生的背景、发展的过程和现实状况方面做了全面、深入的介绍。

当然,本书还存在一些值得商榷之处,例如,危险犯的中止的认定问题,危险犯与行为犯、结果犯、实害犯的界定问题,作者还可以做更令人信服的阐述。相信作者能在今后的研究中,对以上问题加以妥善解决。

犹记洪水十年前初入政法园,我曾告知他为学之人应有“板凳须坐十年冷”的勇气与毅力,今天看来,他一直在努力践行。我更期盼他在人心浮躁的今天,能够一如既往地学做真人、真做学问,在事业上取得更大的成就。

是为序。

贾宇

2009年8月1日

于古都长安

目 录

序 / 1

引言 / 1

第一章 危险犯的概念和特征 / 8

第二章 危险犯的本质 / 30

第三章 危险犯的分类 / 51

第四章 危险犯的停止形态 / 80

第五章 危险犯中“危险状态”的判断 / 137

第六章 危险犯与相关概念 / 172

第七章 危险犯立法研究 / 213

主要参考文献 / 275

后记 / 292

引言

20 世纪第二次世界大战之后,至今六十多年以来,高度的科技化与工业化,将人类的生活带入前所未有的便利与富裕,此种改变亦堪称史无前例的剧烈。

那么,现代社会是个怎样的社会?根据德国社会学家贝克首先提出的见解,现代社会是所谓的“风险社会”。贝克于 1963 年出版同名巨著,目前,该书已经成为社会学著述里面的经典,既开启社会科学探讨此类现象之风气,也使“风险社会”一词成为当今社会科学领域其中的一个关键的时髦词。贝克所提出的“风险社会”指的是最迟在 20 世纪中期之后,以工业化为中心的各种发展所产生的社会。在风险社会当中,人类的高度科技化、工业化制造了大量的财富,依附在财富的生产过程当中,危险也一并被生产出来。固然人类的生活周遭一直都存在着各种危险,不过前述的危险与人类往昔的危险不同,而是可能造成大量性、严重性的后果。贝克《风险社会》一书的内容可以概括为:(1) 风险既非毁坏也非对安全的信任,而是“虚拟的现实”;

(2)一种具有威胁性的未来变成了影响当前行为的参数;(3)风险直接地和间接地与文化定义和生活是否可容忍的标准相联系,它涉及“我们想怎样生活?”这一价值判断;(4)“人为制造出来的不确定性”暴露了国家—政府控制风险能力的匮乏;(5)当代的风险概念关涉知识(knowledge)和无意识/无知识(unawareness/non-knowledge)的某种特殊的综合;(6)新的风险类型可能同时是地区性的和全球性的;(7)日常的认识遮蔽了危险的传播和活动,因此知识和风险的潜在影响之间存在差距;(8)风险社会的概念消除了自然与文化之间的差异。

贝克关于风险社会的概念是相当有潜力的,因为它阐明了三个尖锐的问题,即经济增长的可持续性、有害技术的无处不在以及还原主义科学研究的缺陷。由于没有能够找到有效控制的制度性控制手段,也没有认识到还原主义科学的局限性,整个社会因为技术的威胁而惶恐不安。风险社会的概念意味着人们思维观念的转变:首先,人们认识到社会和自然,文化和环境之间的界限日益模糊;其次,人们对安全和风险的认识和理解发生了变化,在很大程度上对传统社会秩序的基本假设提出了质疑;最后,传统工业社会文化的阶级意识、进步信念等集体观念正在退化,个体化的观念日益强化。^[1]

学者拉沃分析我们与社会之间的关系,将危险分为三类:传统的危险、产业—福利国家的危险和新形态的危险,其中新形态的危险与贝克主张的危险社会中的危险相类似。拉沃认为,新形态的危险的特征,约有三种:(1)危险创造之后,就不是能够主动去承担的,人们多半只能将危险的存在当成自然的灾害来处理。土壤侵蚀、臭氧层的破坏、森林的破坏、水质污染以及空气污染,可以说是最严重不过。(2)这种危险的承受,即便是以主流的方式委由专门职业者处理,也没有办法完全承受。

[1] 王小钢:“贝克的危险社会理论及其启示——评《风险社会》和《世界风险社会》”,载 <http://www.law-star.com/cacnew/200906/270040084.htm>, 2009年7月1日访问。

而且这普遍来说,也不是基于自由意志的,并且也非可以给予因果的评价,所以,在面临这种危险的情形,透过保险给付个人的损害赔偿,也变得不具有意义。(3)新形态的危险,根本上而且本质上,影响个人或者制度的决定以及行动。一方面,这可以说是在没有基于任何意图的情况下,众多个人的行为产生的累积的效果的问题;另一方面,新形态的危险中,许多危险的惹起与危险的来袭彼此之间,在整个系统里面乃是彼此交错存在的。〔1〕

日本学者山中敬一对于危险社会也有精辟的说明。山中指出,现代社会已经是一个高度资讯化的社会,或者说是一个以资讯互相联系而构筑起来的巨大组织体。在此组织体间,个人与各组织体的功能、权能或是责任,复杂地交织在一起。而从反面来看,这样的组织毋宁是非常脆弱的,可以说只要有一点点的系统机能上的障碍,会招致整个系统机能的瘫痪。〔2〕危险社会的特征是,我们已经从现代社会认识到,这个社会正面临着不仅质和量都是前所未见的而且威胁人类基础的危险。另外,随着科学技术的发展,在原来可以被正向地评价某种目的的追求过程当中,却产生出种种无法预见的、不好的附随效果,危险社会也可以说是一个上述效果具有重要意义的社会。〔3〕

诚然,我们就近代化伴随而来的危险的意义来说,过去与现代确实不同。首先,过去的危险是可以感觉的,如,臭氧层的破坏、森林的破坏等,除了因为森林的破坏随即而来的泥石流或许是可以立即被感知以外,我们对于森林被破坏还会带来什么恶害,在知觉上,可以说是极为困难;或许我们会因为温室效应而觉得热一点,但这并不是因为臭氧层破洞而使人直接感知的,毕竟我们凭借着本能的五官感知,并无法知道自

〔1〕〔日〕金尚均:《危险社会与刑法——现代社会中刑法的机能与界限》,日本成文堂2001年版,第6~8页。

〔2〕〔日〕山中敬一:《刑事法入门》,日本成文堂1994年版,第70、71页。

〔3〕〔日〕山中敬一:《刑事法入门》,日本成文堂1994年版,第71页。

已暴露在多少紫外线下,距离患皮肤癌又接近了多少?从上述的说明,我们亦可看出:从前的危险是地域的、国内的、可控制或回避的、可感知的,或根本只是一次性的而已,但是现在我们所面临的,是大规模的、跨国的、低控制的或低回避可能的、难以感知的,甚至是存在于日常生活,并且是累积的。^{〔1〕}

刑罚作为所有制裁手段中最严厉之手段,刑罚之动用应该特别谨慎,除非其他的手段无法达到预期目的,否则,不应轻易动用刑罚,此种刑法谦抑的观念,已为学者所不争。截至目前为止,百年来近代刑法理论所奠定的基础,仍然是以行为为原则、实害犯的处罚及个人法益的保护为核心。

而危险社会与刑事立法之间的对应关系,其中最令人瞩目的,就是在法益保护之早期化之需求的诱发方面以及法益观念之抽象化问题。当我们考虑以刑法来保护某一法益时,把法益发生之前的危险行为或是实行着手之前的预备行为,当成独立的犯罪加以处罚,这样的倾向被称为法益保护之早期化,其他类似的说法,如刑法守备范围的扩张,或是处罚时间点的提前,皆是指此。至于法益概念的抽象化,其他类似的说法例,或是法益概念的精神化,或是普遍性的法益,它所描述的,已非传统具体形式的法益,如生命或者身体,而是从社会系统之面向加以掌握。危险犯的立法,向来被认为是一种法益保护早期化的情形之一,而法益概念的抽象化,又常易与危险犯结合。

根据学者井田良之分析,在现今的所谓“危险社会”当中,要求处罚时机点之早期化,其理由约有三:(1)社会生活的科学化与高度技术化,不仅个人行为所具备的惹起损害的潜在可能大幅增加,而且,在产生个人在蒙受甚大的受害的可能性的同时,若结果发生则已经太迟,故有在

〔1〕〔日〕金尚均:《危险社会与刑法——现代社会中刑法的机能与界限》,日本成文堂2001年版,第268页。

较早之阶段就介入刑罚的需求。(2)在社会无国界化、价值观多元化进行之际,透过刑法以外之手段进行的社会控制已经脆弱化,而唯有以刑法加以规制的期待便高涨起来,具体而言,特别是因为组织犯罪集团的存在与活动,以致早期处罚的要求不断增强,亦是重要的原因。(3)要求保护无法还原成实害的观念性利益的声浪增强,吾人亦不能无视,此类代表的情形,有环境保护领域与生命伦理领域。〔1〕

学者山中敬一则明确指出:预防危险越是要有效果,从危险的根本开始预防就越有必要。因此,针对危险社会,社会本身就得建立与之对抗的系统,亦即建立社会预防,而与社会预防这个名词相呼应的,是德国学者提出的预防国家。为了对抗危险社会,建立预防体系是预防社会之所必要,刑法也必须包括在预防社会的系统当中。例如,在环境犯罪当中,当初,我们将其解释为人的健康或生命,但是,山中敬一认为若不保护健康或生命的存立基础的环境本身以及动物或植物的生态系统本身,就没有办法有效地进行环境的保护或育成,所以,在刑法里面,人的生命、自由或者财产以外的动植物生态系统,被当作保护法益。如此的话,差不多就是把预防体系本身就当成法益来掌握了。〔2〕在最近德国的刑法体系当中,有从所谓对于上述社会预防体系之犯罪的观点来建构刑法学的倾向。这种倾向,和以行为规范为中心且以预防为目的之刑法学说,或是将行为无价值论放在核心的刑法学说流派,是一致的。〔3〕

从上述的说明,我们可以发现,危险社会产生的问题,有可能诱发法益保护之早期化需求;为了完备地保护法益,而考虑增加其他的保护项目,或者考虑寻求效用可以囊括所欲保护法益的其他法益,或多或少也是导致法益保护抽象化的因素。另外,从预防理论的角度,也可以推

〔1〕 参见〔日〕井田良:“危险犯理论”,载山口厚、井田良、佐伯仁志:《理论刑法的最前沿》,日本岩波书店2001年版,第172页。

〔2〕 参见〔日〕山中敬一:《刑事法入门》,日本成文堂1994年版,第70、71页。

〔3〕 参见〔日〕山中敬一:《刑事法入门》,日本成文堂1994年版,第72页。

导出法益保护早期化的结论。

随着科学技术的发展,有关交通制度、食品卫生、经济金融及产业技术各方面也随之先进化、复杂化与技术化,其背后也常常隐藏着各种危险,特别是在环境破坏、经济犯罪等方面。在传统刑法领域,以“实害”为中心的法益保护思想,已无法应对目前社会发展形态的需求,因此,如何防患于未然,如何提早保护法益之安全,甚至如何事先遏制犯罪行为的发生,都必须有合理的依据与规划,所以“危险犯”概念便被赋予此种重大责任。^{〔1〕}

立法者在刑法中利用“危险概念”创设危险犯之犯罪类型,希望透过立法方式,将某部分犯罪行为,在实害结果发生前,提前加以处罚,以达预防目的。立法者会有如此考量,主要是基于其生活经验中的大量观察,针对某些类型之行为对于某些特定之保护客体(法益)是带有一般危险性的,而且受害人范围又是不确定的,故而预定将该等具有高度危险性之行为,在符合不法构成要件所描述之事实时,认定其具有抽象危险,无待法官就具体个案,逐一加以审查认定,成立抽象危险犯加以处罚;另外,就立法技术上,立法将“危险状态”作为构成要件要素,规定在刑法条款中,需要法官就具体案情,逐一加以审查认定,是否具有“具体危险”,如果存在,就成立具体危险犯。^{〔2〕}从上述对于危险犯之定义及理解,危险犯之构成要件其实就是一种截堵构成要件,^{〔3〕}其作用明显在于防止实害结果的发生,而提前处罚行为人。

从国家本质上思考,国家是由人民、主权及领土所组成,形成国家的目的在于人民保护自己的生命、身体、自由、财产、名誉等权利,企图建立

〔1〕 参见林东茂:“危险犯的法律性质”,载《台大法学论丛》第24卷第1期,第268、285页。

〔2〕 参见林山田:《刑罚通论》(上册),台大法律系1998年增订6版,第218~219页。

〔3〕 参见林东茂:《危险犯与经济刑法》,五南图书出版有限公司1996年版,第15~21页。