

學術
研究

危险犯与 风险社会刑事法治

WEIXIANFAN YU FENGXIAN
SHEHUI XINGSHI FAZHI

李林 著



西南财经大学出版社

Southwest University of Finance & Economics Press



对具体危险犯，其犯罪行为不具有严重的社会危害性，犯罪行为作用于特定的犯罪对象造成实害结果发生的危险状态才征表危害行为的严重社会危害性。因此，具体危险犯的危险需要在个案中具体判断。对抽象危险犯，其犯罪行为具有严重的社会危害性，犯罪行为作用于犯罪对象就能造成实害结果发生的危险状态，危险状态潜藏在危害行为中，通过认识危害行为就能判断危险状态。因此，抽象危险犯的危险不需要在个案中具体判断。无论是具体危险犯的危险还是抽象危险犯的危险，危险都是现实的。

风险文化观认为，风险是主观的而不是客观的，现实的风险没有增多，而是被觉察的风险增多了。社会转型时期，我国既存在客观的风险，更存在主观扩大化认识的风险；既存在传统社会的风 险，又存在反思现代性的制度风险。无论是主张我国进入风险社会的观点还是反对我国进行风险社会的观点都缺乏厘清风险社会理论的内涵。

學術
研究

危险犯与 风险社会刑事法治

WEIXIANFAN YU FENGXIAN
SHEHUI XINGSHI FAZHI

李林 著



西南财经大学出版社
Southwestern University of Finance & Economics Press

图书在版编目(CIP)数据

危险犯与风险社会刑事法治/李林著. —成都:西南财经大学出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5504 - 0845 - 6

I. ①危… II. ①李… III. ①刑事犯罪—研究—中国②刑法—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 215315 号

危险犯与风险社会刑事法治

李林 著

责任编辑:李 雪

装帧设计:穆志坚

责任印制:封俊川

出版发行	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址	http://www.bookej.com
电子邮件	bookej@foxmail.com
邮政编码	610074
电 话	028 - 87353785 87352368
照 排	四川胜翔数码印务设计有限公司
印 刷	郫县犀浦印刷厂
成品尺寸	148mm × 210mm
印 张	9
字 数	215 千字
版 次	2012 年 9 月第 1 版
印 次	2012 年 9 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978 - 7 - 5504 - 0845 - 6
定 价	29.80 元

1. 版权所有,翻印必究。

2. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。

序

李林博士是我所带的第一位博士生，因而清楚他的学术经历和博士论文的写作过程。在其以博士论文为主体而成的专著《危险犯与风险社会刑事法治》一书即将付梓之时，他请我为此书作序时，我自当慨然应允。

一切犯罪对于社会来说，都是有危险的，或者至少立法者认为是有危险的，否则便不应将其规定为犯罪。然而，刑法意义上的危险犯，又与我们一般所认为的行为对于社会的危险有所不同，它是指法律所规定的一种犯罪现象。由于不同的立论者研究问题的立足点不同，因而对危险犯的定义方法不同，分类形式不同，更加上我国刑法理论中普遍采用的犯罪论体系的特殊性，导致在这个问题的研究上更是存在着各种不同的主张与理解。因此，对危险犯的研究是有相当难度的。但是，一方面我国刑事立法中存在着许多危险犯的立法规定，另一方面，近年来，我国的刑事立法中有关危险犯的立法在增加，甚至将原来规定的结果犯改变为危险犯，如生产、销售不符合标准的医用器材罪，有将具体危险犯修改为抽象行为犯的，如生产、销售假药罪等，或者将原来的一般行政违法行为规定为抽象危险犯，如危险驾驶罪。在风险社会的情况下，如何合理设置危险犯，遏制危险的发生，从而为人民群众的生命财产安全提供有效保障，是值得认真研究的。因此，这一研究对于立法与司

法实务来说,是有价值的。

虽然我国有关危险犯的研究有丰富的成果,但与既有的有关危险犯研究成果相比,李林博士的研究具有自己的特点与创新之处:

首先是立足于我国刑法的规定情况,对我国刑法中的危险犯进行了分类与界定,对不同类型的危险犯既遂的判断标准进行讨论,避免了照搬他人理论而与中国的立法规定不合的不足。其次,理论界定清晰。在该专著中,李林博士严格将危险犯限定于犯罪既遂模式的意义上,从而认为危险状态不是结果犯的结果,危险犯不是结果犯,未遂犯虽然对社会有危险,但它也不是危险犯。再次,本研究紧跟理论与立法研究的热点问题,表明自己的看法。认为,应当理清风险社会的内涵,对不同的风险应采取不同的应对措施:对传统社会风险,我国刑法能够应对;对制度化风险,通过完善相应的制度也能够预防;对主观扩大化认识的风险,可通过民主协商沟通解决;对新时期社会出现的新的危害行为类型,立法应设立新的危险犯类型。并结合我国刑法的具体规定分析危险犯,不赞同风险社会要有笼统风险刑法的观念。

理论研究是立法的前导,对危险犯的深入研究,对于完善我国有关犯罪的立法,从而保障社会的安全和稳定,保护人民群众的生命财产安全,会起到有益的作用,同样,对危险犯理论的进一步深入研究,对完善刑法理论,促成在这一问题上形成共识,也是有积极意义的。

正是从这一角度出发,李林博士的研究,对正确解读我国刑法有关危险犯立法,对反映危险犯的立法趋势,促进形成有关危险犯理论的共识,都是有价值的。

是为序。

朱建华

2012年7月1日于重庆歌乐山下寓所

内容摘要

德、日刑法采取三阶层犯罪构成体系，我国采取平面耦合的四要件犯罪构成体系，犯罪构成体系不同，经由犯罪构成识别而形成的犯罪类型呈现差异。研究我国刑法中的危险犯应立足于我国刑法的规定、犯罪构成体系和现实生活实际，不能顾此失彼。风险社会背景下，我国社会凸显出新的危害行为类型及新的危险源头，现有刑事立法无法应对。因此，风险社会背景下，研究我国刑事立法趋势及司法应对危险方法就显得很有意义。鉴于此，本文立足于我国刑法规定、犯罪构成体系及社会发展境况，对我国危险犯及风险社会风险的治理展开研究，以助益于刑事立法及刑事司法。

绪论部分主要讨论犯罪分类，为研究我国危险犯建立前提。德、日三阶层犯罪构成体系根据行为该当构成要件是否需要结果为标准，将犯罪分为行为犯和结果犯；根据行为对法益的侵害样态，将犯罪分为侵害犯和危险犯。我国采用平面耦合的犯罪构成体系，危害行为充足犯罪观念形象与危害行为侵害法益的样态同时进行判断，犯罪分类应以危害行为充足构成要件的方式及危害行为充足构成要件时对法益的侵害样态为标准将犯罪分为行为犯、结果犯和危险犯。我国刑法中的行为犯、结果

犯和危险犯与德、日刑法中的行为犯、结果犯和危险犯具有不同的意义。

第一章主要对危险犯进行概述。我国刑法分则以犯罪既遂为模式，犯罪构成集事实认定与价值判断为一体，危险犯的“危险”既要反映危害行为对法益造成的侵害危险，又要反映危害行为造成的实害结果发生的危险状态，“危险”具有双重职能。危险犯是指造成实害结果发生的危险状态，并对法益造成侵害的危险而既遂的危害行为类型。危险应以客观存在的危险状态的事实作为判断对象，以科学法则并结合类型化人的认识能力作为判断方法，以行为时作为判断时间进行判断。危险犯的危险可分为具体的危险与抽象的危险，危险状态不是结果犯的结果，危险犯不是结果犯。

第二章主要论述我国刑法规定的危险犯。我国社会生活中，一些危害行为具有严重的社会危害性，一旦这些危害行为造成实害结果将造成重大的损失，为此，立法提前介入将造成危险状态的行为拟定为犯罪，通过发挥刑法的规范引导功能、宣示功能预防犯罪。对具体危险犯，其裸行为不具有严重的社会危害性，裸行为作用于特定的犯罪对象造成实害结果发生的危险状态才表征危害行为的严重社会危害性，因此，具体危险犯的危险需要在个案中具体判断。对抽象危险犯，其裸行为具有严重的社会危害性，裸行为作用于犯罪对象就能造成实害结果发生的危险状态，危险状态潜藏在危害行为中，通过认识危害行为就能判断危险状态，因此，抽象危险犯的危险不需要在个案中具体判断。无论是具体危险犯的危险还是抽象危险犯的危险，危险都是现实的。根据我国刑事立法及刑法理论，未遂犯不是危险犯。

第三章主要论述风险社会我国刑法观念。我国有刑法学者

以我国当下社会中存在大量风险就直接引用贝克的风险社会理论论证我国已进入风险社会，并主张扩大刑法介入生活的范围。也有刑法学者基于我国当前社会不具备风险社会理论成立的反思现代性前提，认为不应简单地套用风险社会理论解决我国刑法问题。西方风险社会理论主要有风险实在论观和建构风险论观。前者以贝克和吉登斯为代表。然而，风险实在论不是强调社会客观存在大量的风险，而是从反思现代性的角度来论证风险制度失范造成的风险，反思现代性是认识风险的视角，不表示现实的风险就客观存在。吉登斯认为，风险社会不是时代性的标记，风险社会不是某个具体社会和国家发展的历史阶段。建构风险论认为，风险是主观的而不是客观的，现实的风险没有增多，而是被觉察的风险增多了。社会转型时期，我国既存在客观的风险，也存在主观扩大化认识的风险；既存在传统社会的风险，又存在反思现代性的制度风险。无论是主张我国进入风险社会的观点还是反对我国进行风险社会的观点都没有厘清风险社会理论的内涵。对传统社会风险，我国刑法能够应对；对制度化风险，通过完善相应的制度也能够预防；对主观扩大化认识的风险，可通过民主协商沟通解决；对新时期社会出现的新的危害行为类型，立法应设立新的危险犯类型。

第四章主要论述新时期我国危险犯的立法趋势。风险社会背景下，新时期我国社会凸显新的危害行为类型需要规制，如以蒸馏水代替疫苗注射等。实施这种类型的危害行为产生侵害的潜在危险而非现实危险，但如果潜在的危险转化为现实则将造成无以逆转的重大危害后果。我国危险犯的危险都是现实的，同时，现行诉讼制度追究这种类型危害行为的责任也存在诸多瓶颈。有鉴于此，有学者主张增设过失危险犯予以规制，但设立过失危险犯存在诸多理论与实践的困惑。为加强社会控制，

降低司法诉讼成本以保护法益，立法只有禁止某些造成重大侵害潜在危险的行为，一旦实施这些行为，法律便拟制产生危险而构成犯罪。为此，立法应当增设新的危险犯类型或将一些具体危险犯修改抽象危险犯。这或许将成为新时期我国危险犯的立法趋势。

第五章以非法持有枪支罪为例分析制度化风险的解决途径。当前一些地方公安机关为完成打击犯罪的任务，将大量情节显著轻微的非法持枪行为作犯罪处理，使国家法治建设及公民合法权利遭受重大损害，预防风险的业务考核制度成为制造风险的源头。为此，应完善非法持有枪支的认定制度。首先，通过将非法持有枪支行为构造为不作为犯罪完善非法持有枪支行为的司法认定方法。其次，审查枪支的构造及考察行为人的犯罪经历、职业及年龄等综合认定非法持有枪支行为的社会危害性。最后，从根本上还是需要改革司法业务考核制度，加强诉讼监督，加大对非法持有枪支行为的社会治理力度。

第六章以醉酒驾驶入罪为例分析被民众主观扩大化认识的风险的解决途径。醉酒驾驶不是交通肇事的主要原因，相反，超速行驶，违章超车等才是交通肇事的最主要原因。立法不是基于客观的社会危害性将醉酒驾驶入罪，而是基于民众在安全意识、风险意识提高后，夹杂着仇官、仇富心理对醉酒驾驶危险的扩大化认识。为此，司法可以通过颁布明确的醉酒驾驶量刑标准稳定民众对醉酒驾驶危险的认识；及时回应社会关切，疏导公众的风险认识；提高审判质量，增强司法公信力堵截民众的风险性认识。

目 录

绪论 犯罪分类 / 1

- 一、犯罪分类介绍 / 1
- 二、犯罪分类评析 / 6
- 三、犯罪分类的理论基础 / 14
- 四、我国犯罪构成体系下的犯罪分类 / 17
- 五、犯罪分类新论 / 22

第一章 危险犯概念 / 27

第一节 我国刑法危险犯的概念 / 27

- 一、危险犯概念观点介绍 / 27
- 二、危险犯概念的缺陷 / 30
- 三、危险犯概念的确立 / 49

第二节 论我国刑法危险犯的危险 / 53

- 一、我国刑法危险犯危险的分类 / 53
- 二、我国刑法危险犯危险的认定 / 58

第二章 我国刑法的危险犯 / 73

一、危险犯的特征 / 73

二、危险犯的立法理由 / 76

三、我国危险犯与德、日危险犯的差异 / 84

四、危险犯的范围 / 93

五、抽象危险犯与具体危险犯、行为犯的区别 / 114

六、结语 / 122

第三章 风险社会理论与中国刑法观念 / 123

一、我国风险社会刑法观概述 / 123

二、西方风险社会理论澄清 / 126

三、我国刑法学界对西方风险社会理论的误解 / 131

四、我国刑法理论应对风险社会危害行为的观点及
评析 / 149

五、我国刑法应对风险社会危害行为的策略 / 153

六、结语 / 157

第四章 风险社会背景下我国危险犯立法趋势 研究 / 158

一、新危害行为及其特征 / 158

二、新危害行为产生的社会背景 / 162

三、我国危险犯的缺陷 / 166

四、现有关于危险犯的立法处置新危害行为乏力 / 169

五、过失危险犯不能处理新危害行为 / 172

六、设置新危险犯的理论分析 / 192

七、危险犯的立法趋势 / 201

八、结语 / 220

第五章 制度失范造成的风险的治理

——以非法持有枪支罪的认定为 例 / 221

一、非法持有枪支罪认定中存在的问题 / 221

二、大量非法持有枪支行为入罪的原因分析 / 225

三、司法考核制度下非法持有枪支罪认定的风险 / 227

四、完善非法持有枪支罪的认定方法 / 230

五、改革业务考核制度，加强诉讼监督，加大社会治理
力度 / 243

六、结语 / 246

第六章 构建的风险的治理

——以醉酒驾驶为例 / 247

一、醉酒驾驶人罪理由与现实的错位 / 247

二、醉酒驾驶的客观危害不是醉酒驾驶人罪的原因 / 253

三、风险社会背景下，醉酒驾驶的危险主要是民众
建构的 / 254

四、以民主协商消减民众对醉酒驾驶危险的扩大化
认识 / 258

五、醉酒驾驶危险的治理机制 / 262

六、结语 / 276

绪论 犯罪分类

犯罪分类意在探讨如何对犯罪进行类型化的划分以方便司法识别犯罪。我国刑法理论通说把犯罪分为举动犯、行为犯、结果犯和危险犯，这种分类又有不同的变种。也有学者立足于德、日犯罪构成体系提出了犯罪分类。分类标准不同，分类结果迥异。犯罪分类以识别犯罪的基本方法犯罪构成为基础，犯罪构成体系不同，分类结果亦不同。我国通说犯罪类型仅反映了危害行为如何充足犯罪观念形象，没有反映出危害行为与法益之间的关系，导致以犯罪类型识别犯罪时定性不准、犯罪形态认定混乱、行为犯与危险犯界限不清等诸多弊端。为此有必要立足于我国犯罪构成体系对我国犯罪分类进行研究，以求新的犯罪分类更有利于司法识别犯罪。

一、犯罪分类介绍

（一）三阶层犯罪构成体系下犯罪分类介绍

在大陆法系国家，如何对犯罪进行分类众说纷纭。德国、日本等刑法理论一般把犯罪分为行为犯与结果犯、实质犯与形式犯，实质犯又分侵害犯与危险犯，但学界对此也存在诸多争议。一般而言，在这些国家和地区，学界对犯罪有以下几种

分类:

1. 行为犯与结果犯、形式犯与实质犯（侵害犯与危险犯）

有学者认为,“在构成要件中,例如,像伪证罪那样,有只把行为人一定的身体动静作为构成要件性行为的,但是,在大部分构成要件中,像杀人罪、盗窃罪等,除了构成要件性行为外,还需要进而发生一定的结果。前者称为举动犯(单纯行为犯),后者称为结果犯。”^①“构成要件一般以对一定法益的侵害或者侵害危险为内容,这种犯罪称为实质犯。其中,需要现实地侵害法益的称为侵害犯(实害犯),以及仅仅存在侵害危险为已足的称为危险犯。相对于实质犯,连侵害法益的抽象危险也不需要的犯罪称为形式犯。例如,四平卫生法储藏、陈列不卫生食品罪等即是。因为关于所谓储藏、陈列,其趣旨是单纯处罚其行为本身。”^②有日本学者认为,“自古以来,日本刑法学一直在学习德国刑法学将犯罪分为实质犯与形式犯,再将实质犯分为实害犯与危险犯”。^③

2. 行为犯与结果犯（侵害犯与危险犯）

这种观点把犯罪分为行为犯与结果犯,在结果犯中又分侵害犯和危险犯。台湾学者甘添贵认为,“构成要件上,仅以狭义之行为,亦即依意思可能支配之身体的动静为内容者,为举动犯亦称单纯行为犯。如伪证罪、公然猥亵罪等是。构成要件上,以基于行为而发生一定结果为必要者,为结果犯。结果犯为一

① [日]大塚仁. 刑法概说(总论). 3版. 冯军,译. 北京:中国人民大学出版社,2003:210.

② [日]大塚仁. 刑法概说(总论). 冯军,译. 北京:中国人民大学出版社,2003:120.

③ [日]西原春夫. 犯罪实行行为论. 戴波,江溯,译. 北京:北京大学出版社,2006:106.

般犯罪之通常形态。”^①“结果犯之结果，实质言之，乃为一定法益之侵害或危险。大部分之犯罪，在构成要件上，以法益之现实侵害或发生危险为内容，为实质犯。其中以法益之现实侵害为必要者称为侵害犯。如杀人罪、盗窃罪等，对于个人法益之犯罪，大多数为侵害犯。如仅对于保护法益发生危险为已足者，为危险犯。两者之区别，在决定犯罪之既遂时期上，颇为重要。”^②

3. 行为犯与结果犯、侵害犯与危险犯

这种观点以一个标准把犯罪分为行为犯与结果犯，又以另一个标准把犯罪分为侵害犯和危险犯。“举动犯或称形式犯或行为犯，指犯罪构成要件只需一定身体动静为内容，不以结果发生为必要，故行为人实现与构成要件该当的一定行为即成立犯罪，无待结果之发生。结果犯，指以一定结果之发生为构成要件者，例如杀人罪须有被害人死亡之结果。结果犯若于着手后结果未发生，则成立该罪之未遂犯，例如杀人未遂、盗窃未遂。”^③“以法益现实受到侵害为构成要件内容之犯罪，亦即构

① 甘添贵。刑法总论讲义。台北：瑞兴图书股份有限公司，1992：66。也有台湾学者认为，过去学说有将犯罪区分为举动犯及结果犯两类者。前一类犯罪只需有损害或危害法益之行为，不必有结果发生，即成立完全之罪，故称为举动犯，一称形式犯。如诬告罪、妨害名誉罪之类是。后一类犯罪，除有一定行为外，尚须有损害或危害之结果发生，犯罪始告完成，故称为结果犯，一称实质犯。如杀人罪、伪造货币罪之类是。韩忠谟。刑法学原理。北京：中国政法大学出版社，2002：101。

② 甘添贵。刑法总论讲义。台北：瑞兴图书股份有限公司，1992：66 - 67。也有学者认为，刑法上构成事实以法益实际发生损害结果为违法性之重点者，乃结果犯之主要形态，一称为实害犯。然而构成事实之结果，有时法律规定，不必为实际损害，只需侵害行为对法益引起损害之危险，其结果的不法，即属充分者，则成为危险犯。韩忠谟。刑法学原理。北京：中国政法大学出版社，2002：104。

③ 刘振铎。图解刑法入门。台北：元照出版有限公司，2006：36 - 37。

成要件具有‘实害结果要素’者，称为实害犯，或称侵害犯，例如杀人罪须有‘被害人被杀’的实害发生，若已着手但未产生实害，则为未遂犯。以法益受危险威胁的状态为构成要件内容之犯罪，称为危险犯。只需对法益产生危险，即构成犯罪，进而是否产生实害，则在所不问。”^①

（二）我国犯罪分类介绍

1. 行为犯、结果犯、危险犯和举动犯分类

我国刑法学界在犯罪既遂形态下讨论犯罪分类，通说把犯罪分为结果犯、行为犯、危险犯和举动犯。结果犯是指，以法定的犯罪结果的发生与否作为犯罪既遂与未遂区别标志的犯罪；行为犯是指，以法定的犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪；危险犯是指，以行为人实施的危害行为造成法律规定的发生某种危害结果的危险状态作为既遂标志的犯罪；举动犯是指，按照法律规定，行为人一着手犯罪实行行为即告犯罪完成和完全符合构成要件，从而构成既遂的犯罪。^②

2. 行为犯与结果犯分类

对上述刑法理论通说的犯罪分类，一些学者提出异议。他们认为应将犯罪分为行为犯与结果犯，但是这些学者对行为犯与结果犯的界定又各不相同，大致形成了以下几种观点。

有学者主张，“行为犯就是以一定的行为为犯罪构成的要件，而不以发生特定的物质性结果或非物质性结果为必要的基

^① 刘振鲲，图解刑法入门，台北：元照出版有限公司2006：37-38。持相同观点的还有：黄仲夫，刑法精义，台北：元照出版有限公司2005：46-47；[意]杜里奥·帕多瓦尼，意大利刑法原理，陈忠林，译，北京：法律出版社，1998：121-126。

^② 高铭暄，马克昌，刑法学，北京：北京大学出版社，高等教育出版社，2000：150-151。

本犯；结果犯就是以物质性结果或非物质性结果为构成要件要素的基本犯。”^①按照这种观点，具体危险犯属于结果犯，抽象危险犯属于行为犯。

也有学者主张：“行为犯就是指实施刑法分则规定的犯罪构成要件的行为，而无需发生特定的危害结果即可成立既遂的犯罪类型。这里的‘特定的危害结果’既包括实际损害结果，也包括现实的危险结果。相反，那种不仅实施刑法分则规定的构成要件的行为，而且还必须发生特定的危害结果才成立犯罪既遂的犯罪是结果犯。危险犯属于结果犯的一种，只不过它所要求的特定危害结果是危险结果（即实际损害发生的可能性）。”^②也有学者主张：“行为犯是与结果犯相对应的犯罪形态，而危险犯是结果犯的类型之一。行为犯与结果犯作为法定的犯罪既遂形态，应该以法条对某具体犯罪是否规定了结果而确定该罪是行为犯还是结果犯，在结果犯中，才有危险犯的余地。”^③还有学者认为：“行为犯是指行为人只要单纯地实施刑法分则规定的构成要件的行为就足以构成犯罪，而无须发生一定的犯罪结果。形式犯、阴谋犯和危险犯都可归入行为犯范畴；结果犯是指不仅实施犯罪构成客观要件的行为，而且必须发生法定的危害结果才构成既遂的犯罪。”^④

3. 刑罚完整化犯罪分类

有学者认为，应当将侵害犯与危险犯的划分标准由一般意

① 王志祥. 危险犯研究. 北京：中国人民公安大学出版社，2004：119.

② 金泽刚，张正新. 行为犯的概念及其既遂形态研究. 法商研究，1999（3）：99.

③ 李洁. 行为犯与危险犯之界限探析. 阴山学刊，2004（6）：88.

④ 陈兴良. 刑法哲学. 北京：中国政法大学出版社，2004：225-228；刘树德. 行为犯研究. 北京：中国政法大学出版社，2000：37.