

21 世纪第四次（总第十次）中日刑事法学术讨论会论文集

# 危险犯 与危险概念

WEIXIANFANYUWEIXIANGAINIAN

何 鹏 李 洁 / 主编



吉林大学出版社

JILIN UNIVERSITY PRESS

21世纪第四卷(总第十卷)中日刑事法学术讨论会论文集

# 危险犯与危险概念

何鹏 李洁 主编

吉林大学出版社

---

**图书在版编目 ( C I P ) 数据**

危险犯与危险概念/何鹏, 李洁著. —长春: 吉林大学出版社, 2006. 11

ISBN 7—5601—3534—X

I. 危... II. ①何... ②李... III. 刑事犯罪—对比研究—中国、日本—文集 IV. ①D924. 114—53②D931. 34—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 133249 号

---

**危险犯与危险概念**

**何鹏 李洁 主编**

---

责任编辑、责任校对: 丛立新

封面设计: 孙 群

吉林大学出版社出版  
(长春市明德路 421 号)

吉林大学出版社发行  
农安县金鼎印刷有限公司印刷

---

开本: 880×1230 毫米 1/32

2006 年 11 月第 1 版

印张: 9.375

2006 年 11 月第 1 次印刷

字数: 223 千字

印数: 1—1 500 册

---

ISBN 7—5601—3534—X

定价: 18.00 元

# 目 录

|                            |             |
|----------------------------|-------------|
| 危险犯总论·····                 | (日) 山口厚/1   |
| 一、前言·····                  | 1           |
| 二、危险犯规定的概要·····            | 1           |
| 三、危险概念以及危险犯理论·····         | 7           |
| 四、刑法介入(处罚)早期化与最近的立法动向····· | 12          |
| 危险犯概念之研究·····              | 卢建平 王志祥/14  |
| 一、大陆法系刑法理论对危险犯概念的认识·····   | 15          |
| 二、我国刑法理论对危险犯概念的认识·····     | 17          |
| 三、危险犯概念之评析与重构·····         | 19          |
| 论危险犯的既遂、未遂与中止·····         | 刘明祥/43      |
| 一、危险犯有无既遂与未遂之分·····        | 43          |
| 二、危险犯既遂与未遂区分的标准·····       | 47          |
| 三、危险状态出现后能否成立犯罪终止·····     | 54          |
| 四、危险犯中止还是实害犯中止·····        | 58          |
| 未遂犯与中止犯·····               | (日) 盐见淳/64  |
| 一、未遂犯的含义·····              | 64          |
| 二、预备与未遂的区别·····            | 67          |
| 三、中止犯·····                 | 73          |
| 不能犯之危险判断·····              | (日) 奥村正雄/80 |
| 一、未遂犯与不能犯之界限·····          | 80          |

|                               |              |
|-------------------------------|--------------|
| 二、未遂犯・不能犯之危险概念的构造 .....       | 82           |
| 三、不能犯之具体事例 .....              | 85           |
| 四、不能犯之危险判断标准 .....            | 90           |
| 不能犯的危险判断 .....                | 李 洁/108      |
| 一、不能犯的理与立法例 .....             | 109          |
| 二、不能犯的实例与各种观点的处理结论 .....      | 114          |
| 三、不能犯之危险的判断标准 .....           | 117          |
| 四、结论 .....                    | 123          |
| 论放火罪中的危险 .....                | 黎 宏/127      |
| 一、放火罪中的“公共安全”的含义 .....        | 129          |
| 二、放火罪是具体危险犯还是抽象危险犯 .....      | 133          |
| 三、“危害公共安全”的认定标准 .....         | 136          |
| 四、放火罪的既遂与未遂之争 .....           | 138          |
| 五、结语 .....                    | 147          |
| 作为危险犯之放火罪的检讨 .....            | (日) 关哲夫/149  |
| 一、序 .....                     | 149          |
| 二、放火罪的保护法益(危险性的“基点”) .....    | 155          |
| 三、公共危险的类别(危险性的质・量) .....      | 161          |
| 四、危险性的判断 .....                | 166          |
| 五、对公共危险的“认识” .....            | 170          |
| 六、结语 .....                    | 176          |
| 现代社会中危险犯的新类型 .....            | (日) 伊东研祐/178 |
| 一、序(本报告的立场) .....             | 178          |
| 二、实定法的现状(立法、解释、适用上的诸问题) ..... | 179          |
| 三、问题的原因分析及解决、展望 .....         | 189          |
| 四、结语 .....                    | 191          |
| 中国刑法上的新类型危险犯 .....            | 阮齐林/192      |

|                       |          |
|-----------------------|----------|
| 一、概说                  | 192      |
| 二、生产销售伪劣商品罪中危险犯的认定与处罚 | 198      |
| 附录                    | 206      |
| 日本的犯罪被害人诸问题           | 大谷实/206  |
| 一、前言                  | 206      |
| 二、日本最近的问题             | 209      |
| 三、新动向                 | 212      |
| 四、结语                  | 218      |
| 日本的司法改革：特别是裁判员制度      |          |
| 的创设                   | 松尾浩也/220 |
| 一、司法改革为何开始            | 220      |
| 二、司法改革进程如何            | 222      |
| 三、国民的司法参与             | 224      |
| 四、刑事诉讼法的修改及其实施        | 226      |
| 五、《裁判员法》的制定与实施        | 228      |
| 会议讨论记录                | 231      |
| 会议致辞                  | 275      |
| 会议议程                  | 290      |
| 致谢                    | 292      |

# 危险犯总论

文：山口厚\*

译：王 充\*\*

## 一、前言

本稿主要就日本刑法中危险犯规定的概要、危险犯相关理论的概要以及最近立法动向的特征进行简述。各相关问题的状况及详细议论将在其他预定的论文中来讨论。

## 二、危险犯规定的概要

### (一) 未遂犯

本稿对于危险犯的概念是从广义上来把握的，未遂犯也被

---

\*文：山口厚，日本东京大学法学部教授。

\*\*译：王充，吉林大学法学院。

包括其中。因此，首先就未遂犯处罚规定的概要进行解说。

日本刑法第 43 条规定了未遂犯的定义，而对于未遂犯处罚的规定由刑法分则各本条（本条是指具体犯罪与法定刑的分则性条文）来具体规定（第 44 条）。这是介于以下两种规定方法之间的一种规定方法，这两种方法即第一种在总则中规定概念，而将这个概念当然适用于各个具体犯罪的规定方法（第 60 条以下共犯的规定所采用的方法）；以及第二种在总则中不规定概念，而针对不同的处罚对象情况进行个别处罚规定的方法（对于预备的处罚规定是采用这种规定方法）。处罚未遂犯的这种规定方法表明并非每个犯罪都要处罚未遂形态，但是处罚未遂对于每个犯罪来说也并非是一种例外。实际上，对于具有一定程度以上的重犯罪来说，它们的未遂形态几乎都是刑法的处罚对象，不处罚未遂形态的只不过是文书伪造罪（第 155 条以下）、收贿罪（第 197 条以下）、伤害罪（第 204 条）、横领罪（第 252 条以下）、器物损坏罪（第 261 条）等有限的几个犯罪。并且在这些不处罚未遂形态的犯罪中，文书伪造罪自身（侵害文书的信用法益）还具有行使伪造文书罪的预备罪的性质；对于收贿罪来说，它的未遂和预备形态是作为要求·约定贿赂罪而共同成为处罚的对象；对于伤害罪来说，第 208 条暴行罪的规定实际上具有相当程度的处罚伤害未遂的意义，另外，对于使用枪炮、刀剑等的伤害未遂的处罚在关于处罚暴力行为等法律的第 1 条之 2 中有相应的规定；对于横领罪来说，也不存在处罚未遂的规定，该罪的即遂时期比较早，实际上在一定程度上也可以认为处罚对象是包括未遂形态在内，实质上可以说这些重罪的未遂形态都是作为刑法处罚对象的，因此，是否可以认为不处罚未遂形态的仅限于器物损坏罪等相对轻微的犯罪。

规定未遂犯定义的第 43 条的法条本文是这样的,“已着手于犯罪之实行而不遂者,可以减轻其刑。”这个规定通过“实行的着手”来决定未遂犯的成立时期,另外还规定了未遂犯的刑罚。与此相对,对于所谓的不能犯问题来说,由于没有明文规定,因此,对于这个问题的解决就完全交由解释来完成了。

此外,第 43 条的但书规定“基于自己的意思而中止犯罪的,应当减轻或者免除刑罚”,这样,在未遂犯中就特别规定了基于自己的意思而中止犯罪的中止犯。

## (二) 危险犯

以下,通过刑法典中关于危险犯规定的主要条文来对危险犯的规定进行概要的说明。

### 1、针对个人法益的犯罪

首先,就侵害生命、财产等个人法益的犯罪来说,可以举出以下的规定。这里并非列举所有的规定,只不过是举出代表性的规定而已。

#### ○准备凶器集合罪·聚集罪(第 208 条之 3)

在二人以上以共同加害他人的生命、身体或者财产为目的而集合时,准备凶器或者知道有此准备而集合的,处二岁以下惩役或者三十万以下罚金。

在前项情况下,准备凶器或者知道有此准备而聚集他人的,处三年以下惩役。

◇根据判例,该罪做为抽象危险犯,它的保护法益不只限于个人的生命、身体或财产,而且还包括平稳的社会公共生活,因而该罪还具有作为侵犯社会法益的犯罪的性质。

#### ○堕胎罪(第 212 条)

妊娠中的女子使用药物或者其他方法堕胎的,处一年以下

惩役。

◇根据判例，由于杀害胎儿并非堕胎罪的成立条件，因此该罪应理解为是针对胎儿生命的危险犯。

○遗弃罪（第 217 条）

遗弃因年老、年幼、身体障碍或者疾病而需要扶助的人的，处一年以下惩役。

◇根据判例，本罪是针对生命、身体的危险犯。根据学说，为了限定该罪的处罚范围，也有主张应该限定对该罪的理解为是对生命的危险犯。

○胁迫罪（第 222 条）

以加害生命、身体、自由、名誉或者财产相通告胁迫他人的，处二年以下惩役或者三十万元以下罚金。

以加害亲属的生命、身体、自由、名誉或者财产相通告胁迫他人的，与前项同。

◇对于该罪来说，虽然将它理解为是针对人的行动（意思活动）自由的危险犯的观点非常有影响，但是认为它是侵犯私生活平稳的危险犯的理解也同样有力。

○毁损名誉罪（第 230 条）

公然指摘事实，毁损他人名誉的，不问有无该事实，处三年以下惩役、监禁或者五十万元以下罚金。

毁损死者名誉的，如果不是通过指摘虚伪事实进行毁损的，不处罚。

◇本罪是针对他人名誉的抽象危险犯。虽然在学说上也有观点认为该罪是侵害犯，这主要是因为对于该罪保护法益的理解的不同而造成的，但是在具体的结论上两者并没有什么差异。

○毁损信用·妨害业务罪（第 233 条）

散布虚伪的传闻或者使用诡计，毁损他人信用或者妨害他人业务，处三年以下惩役或者五十万元以下罚金。

◇根据判例，本罪是针对人的信用或者业务的危险犯。在学说中对于妨害业务罪来说也有根据妨害这个法文而将它理解为是侵害犯的观点。

## 2、针对社会法益的犯罪

针对社会法益的犯罪除了以所谓公共危险罪这样的危险犯为中心来规定以外，由于针对社会法益的犯罪在确定法益侵害的事实等方面存在困难，因此大多采用危险犯的规定形式。

### ○骚乱罪（第106条）

众多聚集实施暴力或者胁迫的，是骚乱罪，按照下列各款区别处断：

一、首谋者，处一年以上十年以下惩役或者监禁；

二、指挥他人或者带头助势者，处六个月以上七年以下惩役或者监禁；

三、附和随行者，处十万元以下罚金。

◇根据判例，本罪是针对公共的静谧或者平稳的危险犯。

### ○对现住建筑物等放火罪（第108条）

放火烧毁现供人居住或者现有人在内的建筑物、火车、电车、船舰或者矿井的，处死刑，无期或者五年以上惩役。

### ○对非现住建筑物等放火罪（第109条）

放火烧毁现非供人居住而且现无人在内的建筑物、船舰或者矿井的，处二年以上有期徒刑。

前项所列之物属于自己所有的，处六个月以上七年以下惩役，但未发生公共危险的，不处罚。

◇放火罪是典型的公共危险犯，可以分为具体危险犯和抽象危险犯。

○交通危险罪（第125条）

损坏铁道或者其标志，或者以其他方式使火车或者电车的交通发生危险的，处二年以上有期徒刑。

损坏灯塔或者浮标，或者以其他方法使船舰的交通发生危险的，同前项。

◇本罪是针对火车、电车或者船舰交通的危险罪。

○伪造货币罪（第148条第1项）

以行使为目的，伪造或者变造通用的货币、纸币或者银行券的，处无期或者三年以上惩役。

◇包括本罪在内的伪造罪作为行使伪造货币罪等侵害货币、文书、有价证券等的信用性犯罪的“上游犯罪”具有危险犯的性质。

3、针对国家法益的犯罪

在针对国家法益的犯罪中也可以举出以下规定作为危险犯的例子。

○内乱罪（第77条）

以破坏国家的统治机构、排除国家对领土的国权以行使权力，以及其他破坏、扰乱宪法确定的基本统治秩序为目的而实行暴动的，是内乱罪，按照下列各款区别处断：

一、首谋者，处死刑或者无期徒刑；

二、参与谋议或者指挥群众的，处无期或者三年以上监禁；从事其他各种职务的，处一年以上十年以下监禁；

三、附和随行及其他仅参加暴动的，处三年以下监禁。

前项犯罪的未遂，应当处罚，但前项第三款规定的情形不在此限。

◇本罪是针对国家存立的危险犯。

○妨害执行公务罪（第95条第1项）

当公务员执行职务时，对其实施暴行或者胁迫的，处三年以下惩役或者监禁。

◇本罪是针对公务的危险犯。

○受贿罪（第197条第1项）

公务员或者仲裁人，就职务上的事项，收受、要求或者约定贿赂的，处五年以下惩役；实施上述行为时接受请托的，处七年以下惩役。

◇根据判例，本罪的保护法益是职务的公正和社会对职务公正的一般信赖，如果这样理解的话，本罪也可能被理解为是侵害犯。与此相对，在学说上，仅限于将职务公正理解为是本罪的保护法益，因此可以将本罪理解为是危险犯。

### 三、危险概念以及危险犯理论

#### （一）危险概念

虽然（法益侵害的）危险可以定义为是“发生法益侵害的可能性或者盖然性”，但是对于这个概念的理解是在未遂犯的成立条件特别是与不能犯相关的问题上被不断地深化讨论。也就是说，由于将未遂犯的成立条件理解为是既遂发生的具体危险的观点占据着通说地位，因此危险（具体的危险）的意义是在未遂犯论的框架内被详细地议论。

从1960年代到1970年代，关于危险概念的一般理解是这样的（以下以杀人罪等要求以发生法益侵害作为要件的侵害犯的犯罪的未遂为例来说明，对于危险犯的未遂以此说明为准来思考足矣），即，由于未遂是以没有成立既遂、没有发生法益

侵害为前提，从实际存在的（事后判明的）一切事实来进行危险判断的立场（事后的立场）出发；通常是这个样子的：就判明不发生侵害的原因为限，将侵害的不发生理解为是必然的不发生，那么，侵害发生的可能性就被否定了，结果就造成了难以认定危险的存在。实际上，由于这是将危险与侵害同一视之，违反了危险问题的基本趣旨，从而在进行危险判断的时候就不是考虑所有实际产生的（事后判明的）事实，而必然是将一些什么样的事实置之度外。按照当时通说的见解，强调危险判断的时点不是在结果不发生时而是在行为时，必须只能以当时一般人能够认识的事情为基础来进行危险判断（当然在这个见解背后存在德国学说的影响）。这样，以行为当时一般人能够认识的事情为基础来认定发生法益侵害的可能性、盖然性的情况下，也有人认为能够肯定危险的存在。

进而，对于这样的理解，如果是一般人不能认识的特殊事情而被行为人认识并利用成为侵害行为（这个事情和侵害紧密连接在一起）的情况下，不能肯定危险的发生或者不能肯定未遂犯成立的见解就可能被批判为是不妥当的。因此，即便是那些一般人不能认识的事情，也要在考虑行为人实际上已经认识到了的基础上，来进行危险有无判断的理解开始逐渐有力起来。

于是，根据这样的理解，即便是客观上发生了同样的事态，虽然对于一般人来说是不能认识的事情，但是这个事情却是导致侵害发生的特别的事情，那么依据行为人是否认识到了这个特殊事情而得出的有无危险的结论就不相同。这样，在根据行为人的认识来决定有无危险的发生和将危险理解为客观的犯罪成立要件之间就产生了是否存在着矛盾的疑问。这个问题在作为危险犯要件的危险的判断上具有更为重要的意义。因

此，1970年代后半期以来，为了更为客观的把握危险，客观判断危险的变动开始在学说中逐渐有力起来。客观判断危险的课题是照原样考虑所有实际发生的事实，由于在侵害不发生的情况下肯定危险的发生在事实上是不可能的，因此，就成了以什么样的内容来客观地把握危险的课题。笔者也在这个讨论的洪流中摸索客观地把握危险的方法，主要主张如下：在不发生侵害的场合，用科学的方法说明侵害不发生的原因以及存在什么样的事实就有可能发生侵害，不是考虑那些妨害侵害发生的事实，而代之以通过考虑是否存在那些能够导致侵害发生的事实来进行危险的判断。这样，以前的见解就是从一般人的事前的立场出发以危险感为基础来进行危险的判断，与此相对，现在就可以从一般人的事后的立场出发以危险感为基础来进行危险的判断。即便是最终不发生侵害，我们也会对过去的危险进行评价，在这些地方寻求危险判断的实质的基盘。

另外，对于未遂犯的危险来说，存在以发生法益侵害为要件的侵害犯的未遂犯的危险与具体危险犯的危险是否相同的问题。如果从结论来说的话，相对于具体危险犯的以现实的、具体的事实为基础的危险来说，可以说未遂犯的危险更为抽象一些。这样，即便是采用同样的危险判断，像放火罪等公共危险犯，通常会有预测困难的事情介入，即便是事后来看，被害的程度也都被偶然性所左右，因此，危险当然可以被肯定。进而，在未遂中，即便发生了法益侵害，但如果不能肯定法益侵害与行为者的实行行为之间的因果关系，就会出现因此不能成立既遂而只能成立未遂的情况。这种情况下，在肯定存在因果关系可能性的意义上肯定危险就成了必要，即便是在这种意义上，还是不得不说未遂的危险相对于具体危险犯的危险来说更为抽象。

## （二）危险犯的理论

危险犯，是与以发生法益侵害为成立条件的侵害犯相对的概念，它的成立条件以发生法益侵害的危险就够了。危险犯可以分为两种，一种是法条文中明示规定了危险的发生为成立条件的具体危险犯（例如刑法第 109 条第 2 项的放火罪）和法条文中规定以遂行一定的一般具有法益侵害危险的行为为成立条件的抽象危险犯（例如刑法第 108 条的放火罪）。

自来学说上的一般理解是，将上述的侵害犯·危险犯中要求发生法益侵害·危险结果的理解为是实质犯，而将其他犯罪理解为是形式违反法律规定规则的处罚行为自身的形式犯。但是，即便被认为是形式犯，并不能说就不具备一点儿作为犯罪的实质（如果没有犯罪的实质就是无害的行为，如果处罚了就会因为违反宪法而无效），形式犯只不过是侵害犯或者危险犯的轻微形式罢了。

对于危险犯的理解，还有以下两点需要指出。首先，危险犯的内容是多样的，即便说是抽象危险犯，在对法条文上规定的行为进行判断时，一定程度上是否要求进行实质的危险判断呢（例如刑法第 217 条的遗弃罪）？虽然说具体危险犯的侵害法益的对象范围很广，但是，是否应该在一定程度上进行抽象的危险判断呢（例如刑法第 125 条交通危险罪）？作为成立条件的危险的内容，最终是必须依靠对个别的该当构成要件的解释来明确，因此，可以将具体危险犯·抽象危险犯等理解为只不过是一种分类的概念罢了。

其次，对于一般的法条文上规定的危险行为的抽象危险犯来说，通过遂行这个危险行为是否就确实可以肯定发生法益侵害的危险呢？一般的在法条文上规定危险行为的方法是可以理

解为是规定那些在头脑中通常想定的事态范围内肯定能够发生危险的行为。由此，由于存在想定范围以外的情况，因此，即便是遂行了法条文规定的危险行为也可能存在不发生危险的情况，在这种场合，由于赋予该罪处罚基础的危险没有发生是否就应该否定该犯罪的成立呢？例如刑法第 108 条的放火罪虽然是作为抽象危险犯被规定的，烧毁了现住的建筑物通常肯定会发生公共危险的，但是，如果周边不存在可以延烧的物品也不会广泛的范围上发生危及其他人的危害的场合，即便是烧毁了现住的建筑物，也不能肯定公共危险的发生，否定成立放火罪的观点也是可能的。（这种情况下最多可以成立建筑物毁损罪罢了）

### （三）法益与危险概念

法益概念与危险概念是相互关联的。由于危险是法益侵害的可能性、盖然性，因此，虽然二者都是针对同一事态的评价，但是，如果说法益是被抽象把握的，而在一定程度上危险则是被具体把握的。这并非仅是一个形式逻辑的问题，而是一个具有重要性的并和犯罪的正当化相关的问题。虽然那些针对个人财产等个别具体法益只不过具有模糊的危险的行为，将它们作为处罚的对象就会产生是否具有妥当性、正当性的疑问，但是，不同的个别具体的法益值得法的保护的度是不同的，如果是寻求作为要保护性、保护相当性的根据，那么作为会导致发生法益实质危险的行为就具有充分的处罚理由了。这虽然在现存在的危险犯的规定的解释中也被承认，但是最明显的可以从目前（2005 年 3 月）国会所审议的为了处罚制作计算机病毒等不正当程序的制作不正当电磁记录指令罪（刑法第 168 条之 2）的法案中看出来。如果将这个规定理解为是针对个人