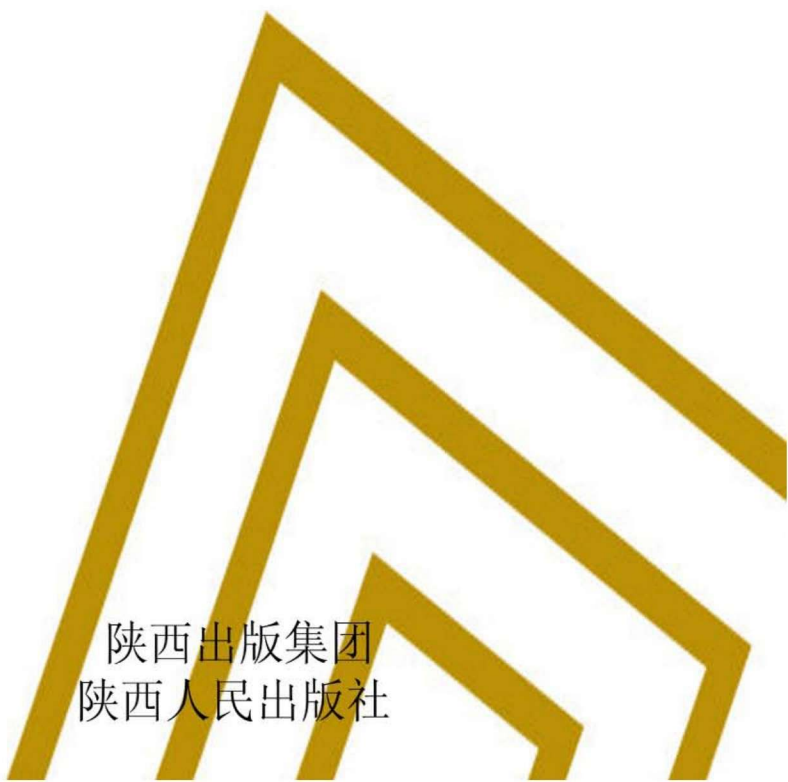




西北法律评论

第五卷

主编 贾宇 副主编 李永宁



陕西出版集团
陕西人民出版社

西北法律评论

第五卷

主 编 贾 宇 副主编 李永宁

陕 西 出 版 集 团
陕 西 人 民 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

西北法律评论. 第 5 卷/贾宇主编. —西安: 陕西
人民出版社, 2010
ISBN978 - 7 - 224 - 09489 - 3

I. ①西… II. ①贾… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010) 第 186290 号

西北法律评论 (第五卷)

主 编 贾 宇
出版发行 陕西出版集团 陕西人民出版社
(西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷 西安西法大印刷厂
开 本 787mm × 1092mm 16 开 17.25 印张
字 数 387 千字
版 次 2010 年 9 月第 1 版 2010 年 9 月第 1 次印刷
印 数 1 - 1000
书 号 ISBN 978 - 7 - 224 - 09489 - 3
定 价 25.00 元

《西北法律评论》编委会

主 任 贾 宇

委 员（按姓氏笔画排列）

王 健	王 瀚	王周户	李永宁	杨宗科
汪世荣	贾 宇	郭 捷	高在敏	黄 河
强 力	韩 松	董和平		

分学科编辑

法理学	刘治斌
宪法、行政法学	王 麟
民商法学	张 翔
经济法学	李军波
刑法学	舒洪水
国际法学	刘亚军
法律史学	李 燕

主 办 西北政法大学

编 辑 西北政法大学法学研究所

目 录

【本卷专稿】

危险犯的立法研究 舒洪水 (1)

论董事责任保险的内涵与外延

——以对保险实务的考察为中心 马 宁 (30)

【理论法学】

人权证成范式批判 管 华 (41)

“法律全球化”中的矛盾与选择 杨建军 (54)

西方唯实论法学对法律规范实在性的批判与反思

——以概念法学为核心的展开 王国龙 (63)

马克思主义法学是经济决定论吗 邢继洪 宋 晶 (72)

【部门法学】

论行政法新范式语境中的行政强制 姬亚平 李建科 (79)

行政复议与行政诉讼的衔接：模式、基准与路径 李大勇 (86)

公共财产法律保护模式的比较法考察

——兼及我国国家所有权法律保护的思考 程淑娟 (97)

法国病人权利保护的新成就 谢 晓 (106)

中国金融税收制度选择的法律思考

——以金融制度、税收制度与法律制度的关联性为视角

..... 席晓娟 (121)

国际社会关于公共健康安全立法的实践及其对中国的影响

..... 韩利琳 (134)

内地和港台地区贪污贿赂举报制度之比较 冯卫国 胡中起 (141)

刑事侦查权性质新思考 蒋志如 (149)

论附条件不起诉制度的确立 郭永亮 (160)

论刑事和解对刑事被害人权益回复的影响 周亦峰 陈林跃 (169)

博弈视野下的经侦审讯策略 程军伟 全仁胜 (176)

【国际法学】

当代国际关系视野下的国家承认理论

——兼及对科索沃“独立”的承认问题	张 光 (186)
冲突与限制——论普遍管辖与豁免	徐乃斌 王秀梅 (194)
论国际水法的价值目标——国际水生态文明	郝少英 (203)
论 WTO 争端解决机制中关于报复水平的仲裁	刘雪红 (211)

【法律史学】

从陕甘宁边区高等法院院长的选任看边区司法发展的理念与特征

.....	刘全娥 (220)
瞿同祖与《汉代社会结构》	周登谅 (230)

【法学新探】

民办高等教育立法的规范性研究	余 涛 (242)
陕西民办高等教育营利问题的法律规制	彭 涛 张 炜 (248)
儿童家庭与社会保护机制探析	
——以受虐儿童的保护为重点	张 伟 (257)

危险犯的立法研究^{*}

舒洪水^{**}

一、危险犯的立法概述

由于刑罚是最严厉的国家制裁手段，因此，原则上刑法所处罚者，是那些已经现实上造成侵害的不法行为。现代刑法的核心领域，依然是实害犯。不过，为了更周全地保护法益，立法者将刑法的防卫线向前推置，例外地也处罚一些尚未造成实害的行为，这些行为只是有可能造成实害而已。^①另外，古代实行的是结果责任，故实际处罚的犯罪都是既遂犯、实害犯。刑法的主观化的进化，导致即使行为没有造成侵害结果，也可能受处罚。^②以上两个方面说明了为更加周密地保护法益而在刑法中规定危险犯这种犯罪类型的必要性，这种必要性用德国学者 Herzog 的话来加以描述，就是“危险刑法不再耐心地等待社会损害结果的出现，而是着重在行为的非价值判断上，以制裁手段恫吓、震慑带有社会风险的行为”^③。作为与实害犯相对应的犯罪，危险犯在现代刑事立法中占有重要的地位，并在实体规定上有不断增加的趋势；在刑法理论上也有其重要的一席之地，对此，德国刑法学者 Lackner 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。^④

（一）危险犯立法的原因

危险犯立法的原因大致可以概括为以下几方面：

第一，结果责任修正与发展的结果。古代实行的是结果责任，故实际处罚的犯罪都是既遂犯、实害犯。刑法的主观化的进化，使行为没有造成实害结果，也可能会受处罚，于是出现了未遂犯、危险犯。

第二，刑法上绝对报应主义向报应主义与功利主义即并合主义的发展。现代刑法以犯罪预防为要旨，并非单纯站在报应的立场上，刑罚所处罚的范围并不局限于造成法益实害的行为，而推移至造成法益实害前的行为，立法上表现为直接将某些对法益威胁的行为规定为独立犯罪，即犯罪化前置。

* 本文是舒洪水教授主持的 2009 年国家社科规划项目（西部《风险社会下的刑法介入早期化研究》的阶段性研究成果，课题编号为 09XFX026。

** 舒洪水，男，1972 年生，西北政法大学教授，西北政法大学刑事法律科学研究中心研究员，法学博士。

① 参见林东茂《危险犯与经济刑法》，台湾五南图书出版公司 1996 年版，第 4 页。

② 参见张明楷《危险犯初探》，载《清华法律评论》第 1 辑，清华大学出版社 1998 年版。

③ 参见林东茂《危险犯与经济刑法》，台湾五南图书出版公司 1996 年版，第 15 页。

④ 参见林东茂《危险犯与经济刑法》，台湾五南图书出版公司 1996 年版，第 4 页。

第三,周延保护合法权益的需要。处罚实害犯的未遂,在刑法保护上仍嫌不足。^①现实生活中出现了高度危险来源,危险行为一旦发展成为侵害行为,其对人的生命、身体、财产造成的损失就不可估量,因而在形成侵害行为前对危险行为本身进行刑法规制,更有利于保护合法权益。

第四,侵害结果难以认定,行为人的责任难以认定,^②设置危险犯,便于司法适用的需要。例如,将某些危险行为作为侵害犯的未遂处罚,受制于对主观故意内容的认定,如将其作为危险犯立法处罚,则不必考虑其主观上的这种限定^③;对于主观上为过失由于侥幸因素而未发生实害的危害行为,则无法根据传统过失犯加以处罚,而确有必要处罚,只能设立过失危险犯^④;将某些犯罪的预备行为规定为危险犯,避免了认定犯罪预备存在的困难^⑤。因此,通过危险犯立法,摆脱未遂犯、预备犯、传统过失犯理论的束缚,有利于司法适用的便捷。

(二) 危险犯的国外理论及立法

在德国,一度将现代社会理解为危险社会,为了消解居民的不安,刑法介入早期化的必要性、妥当性就提上了议事日程。于是,使用抽象危险犯作为立法形式就被认为是特征性的事件,也有人指出如果说是通过早期介入,进而制定这样的罚则以避免危险的话,倒不如说是为了将一定的规则意识植根于国民的意识中,并且强化这种规则意识。随着德国刑法思潮在日本的广泛传播,日本也有不少学者发表了一些批判地介绍这个问题的论稿,形成了关于刑法介入早期化的讨论。

现在的社会由于出现了过去没有过的新的加害行为,不可否认,对这些加害行为进行处罚而且刑法早期化的介入是必要的。虽然从突破刑法的传统守备范围这一点来说,通过刑法早期化介入是不正当的,但是也可以认为这个突破是由于担心传统刑法所设定的保护范围难以充分地保护国民利益的原因。在这里,虽然对于法益的新的把握与使用危险犯的形式成问题,但是主要的问题应该是法益设定的充分的要保护性及保护的相当性是否可能。如果可能的话,我们并不能一概的否定刑法的早期化介入。^⑥

作为刑法早期化介入的表现,德、日等大陆法系国家对于危险犯的设置呈现出以下特点:①为防止公共危害或环境破坏的“危险犯”处罚之利用及其多样化;②累积犯之对策中的“抽象危险犯”和“单纯行为犯”之处罚的使用;③基于法益保护之前置化的“安全感”和“制度信赖感”的保护,设置了禁止不正当操作、限制骚扰行为、禁止持有特殊开锁用具、规范基因保护等法律;④法益保护前置化于根源性的感觉、价值、社会规范等的法益化(或禁忌的保护),设置了禁止器官买卖、规制与人相关的克隆技术等法律;⑤以国际化和IT化为背景的各种危险源的事前排除等。^⑦

(三) 我国关于危险犯的立法

经济高速增长和环境资源压力,使中国日益强化保护市场经济秩序和环境资源。

① 刘基、屈耀伦《论过失危险犯》,载《兰州大学学报》(社会科学版)2003年第2期。

② 参见林东茂《危险犯与经济刑法》,台湾五南图书出版公司1996年版,第4页。

③ 俞利平、王良华《论过失危险犯》,载《法律科学》1999年第3期。

④ 马松建《过失犯比较研究》,载《郑州大学学报》(社会科学版)2000年第4期。

⑤ 参见刘仁文《过失危险犯研究》,中国政法大学出版社1998年版,第18—20页。

⑥ 山口厚《危险犯总论》,第10次《中日刑事法研讨会论文集》,2005年印。

⑦ 伊东研祐《现代社会中危险犯的新类型》,载第10次《中日刑事法研讨会论文集》,2005年印。

1997年修订刑法,充分考虑了这样的需求,刑法典不仅设专章专节规定了大量的破坏经济秩序、环境资源的犯罪,而且也确立了一些新类型的危险犯。如刑法第三百三十九条之非法处置进口的固体废物罪,第三百四十一条之非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪,第一百四十一条之生产销售假药罪,第143条之生产、销售不符合卫生标准的食品罪,第一百四十四条之生产、销售有毒有害食品罪,第一百五十一条之走私废物罪等。

刑法修订之后,全国人大于2002年12月通过《刑法修正案(四)》,进一步扩大了有关危险犯的范围:其一,增补第三百四十四条之二:“非法收购、运输、加工、出售珍贵树木或者国家重点保护的其他植物及其制品罪”;其二,修正第三百四十五条第三款之非法收购盗伐、滥伐的林木罪,取消原来的“以牟利为目的”和“在林区”的限制,明确规定运输盗伐、滥伐的林木行为是犯罪;其三,将第一百四十五条之生产、销售不符合标准的医用器材罪由结果犯修正为危险犯,在论及这一修正的目的时,《刑法修正案(四)》说明指出“近一段时间以来,有的地方生产、销售不符合国家标准、行业标准的医疗器械的情况较为严重,一些个人或单位甚至大量回收废旧的一次性注射器、输液管等医用材料重新包装后出售。这些伪劣医疗器械、医用卫生材料一旦使用,必然会严重危害人民群众的生命、健康。如果等到使用后,危害结果发生了才追究刑事责任,为时已晚,要求将刑法规定的构成这类犯罪的标准修改为,只要足以严重危害人体健康的,就构成犯罪。”^①这反映出立法者将惩罚有关犯罪行为的界限向前推移的意图。

二、过失危险犯的立法理由

(一) 过失危险犯的立法例考察

1. 国外过失危险犯的立法例考察

(1) 主要大陆法系国家的过失危险犯立法例考察。

近现代刑事立法严格限制过失犯罪的处罚范围,一般将过失行为规定为只有在发生实害结果甚至严重实害结果时才构成犯罪,这样,危险犯就被限定在故意犯罪的范围内。随着生产力的发展,科学技术得到了广泛的运用,从而极大地提高了经济效益,但与此同时,社会生活中的致险源也大大增加。那些从事与致险源有关工作的人员稍有疏忽和懈怠,就会造成极其严重的危害后果,而且即使没有造成实际的危害结果,其在客观上所导致的足以使重大法益遭受损害的危险状态,也是不能容忍的。在这样的背景下,不少国家调整了对过失犯罪所实行的事后、消极惩罚的刑事政策,在刑法上将某些基于过失导致严重危险状态的行为予以犯罪化。如作为大陆法系代表国家的德国、日本在其刑法典中就规定了为数不少的过失危险犯。

现行德国刑法典渊源于1871年5月15日的德意志帝国刑法典。为适应不断变化的情况和需要,该法典经过反复修订。下文的相关考察以1998年修订的德国刑法典为版

^① 全国人大常委会法制工作委员会副主任胡康生《关于〈刑法修正案(四)〉(草案)的说明》,在2002年12月23日第九届全国人民代表大会常务委员会第31次会议上。

本。

第一,有关纵火的过失危险犯规定。德国刑法第306条a(情节严重的纵火)规定“一、将他人的下列物品予以纵火,或因纵火而将其全部或部分毁损的,处1年以上自由刑:1.居住用的建筑物、船舶或房舍以及其他空间,2.礼拜或其他宗教活动场所,或3.有时供人居住,纵火时恰逢有人居住的场所。二、将第306条第1款第1项至第6项所述之物纵火,或因纵火全部或部分烧毁,并因而使他人有危害健康之危险的,处与前款相同之刑。”第306条d(失火)规定“一、过失引起第306条第1款或第306条a第1款所述火灾,或过失导致第306条a第2款之危险的,处5年以下自由刑或罚金刑。二、过失为第306条a第2款之罪,且过失导致此等危险的,处3年以下自由刑或罚金刑”。第306条f(引起火灾危险)规定“一、因吸烟、使用明火,或未充分注意,将正在燃烧或余烬未熄的物品丢弃,或以其他方式致下列场所产生火灾危险的,处3年以下自由刑或罚金:1.有发生火灾危险的工厂及设备,2.有其农产品的农业或食品业设备或企业,3.森林、荒野或泥煤地,或4.已耕农田或存放在农田里的易燃燃烧的农产品。二、使第1款第1项至第4项所述之物有纵火危险,因而致他人的身体、生命或他人的贵重财物受到威胁的,处与第1款相同之刑罚。三、过失为第1款之罪,或过失致第2款之危险的,处1年以下自由刑或罚金。”

第二,有关引起核能爆炸的过失危险犯的规定。第307条(引起核能爆炸)规定:“一、排放核能引起爆炸,因而危及他人身体、生命或贵重财物的,处5年以上自由刑。二、排放核能引起爆炸,过失危及他人身体、生命或贵重财物的,处1年以上10年以下自由刑。三、行为人因其行为至少轻率地导致他人死亡的,在第1款情形下,处终身自由刑或10年以上自由刑;在第2款情形下,处5年以上自由刑。四、过失犯第2款之罪,且过失引起危险的,处3年以下自由刑或罚金。”

第三,有关引爆炸药的过失危险犯的规定。第308条(引爆炸药)规定“一、非排放核能,而是引爆炸药,因而危及他人身体、生命或贵重财物的,处1年以上自由刑。二、行为人因其行为严重危害他人健康,或危害不特定多数人的健康的,处2年以上自由刑。三、行为人因其行为至少轻率地导致他人死亡的,处终身自由刑或10年以上自由刑。四、犯第1款之罪情节较轻的,处6个月以上5年以下自由刑;犯第2款之罪情节较轻的,处1年以上10年以下自由刑。五、过失导致第1款所述危险的,处5年以下自由刑或罚金。六、过失犯第1款之罪,且过失造成危险的,处3年以下自由刑或罚金。”

第四,有关制造有缺陷的核技术设备的过失危险犯的规定。第312条(非法制造核技术设备)规定“一、故意非法制造或提供用于建造或管理此类设备的核技术设备或物品,因此明知对他人身体、生命或贵重物品造成与核裂变或放射性物质的放射性有关的危险的,处3个月以上5年以下自由刑……六、在第1款情形下过失造成危险的,或轻率行为且过失造成危险的,处3年以下自由刑或罚金。”

第五,有关侵害铁路、水路和航空交通的过失危险犯的规定。第315条(侵害铁路、水路及航空交通)规定“一、以下列方式危害铁路、悬空缆车、水路或航空交通安全,因而危及他人身体、生命或贵重物品的,处6个月以上10年以下自由刑:1.毁

弃、损坏或去除交通设备或运输工具，2. 设置障碍物，3. 设置假标志或发假信号，或4. 其他类似的危险侵害行为……六、过失为第1款行为且过失造成危险的，处2年以下自由刑或罚金。”第315条a（危害铁路、水路和航空交通安全）规定 “一、因下列行为危及他人身体、生命或贵重物品的，处5年以下自由刑或罚金：1. 由于饮用酒或麻醉品，或由于精神上或身体上的缺陷，在无能力安全驾驶火车、悬空缆车、船舶或飞机的情况下，驾驶此等交通工具的，或2. 作为上述交通工具的驾驶员，或负责其安全的人员，严重违背义务，触犯保护铁路、悬空缆车、船舶或飞机交通法规的……三、犯第1款之罪有下列行为之一的，处2年以下自由刑或罚金：1. 过失造成危险的，或2. 过失为上述行为且过失造成危险的。”第315条b（侵害公路交通安全）规定 “一、以下列方式侵害公路交通，因而危及他人身体、生命或贵重物品的，处5年以下自由刑或罚金：1. 毁弃、损坏、去除设备或交通工具，2. 设置障碍物，或3. 其他类似的危险侵害行为……四、犯第1款之罪，过失造成危险的，处3年以下自由刑或罚金。五、过失犯第1款之罪，且过失造成危险的，处2年以下自由刑或罚金。”第315条c（危害公路交通安全）规定 “一、有下列行为之一，因而危及他人身体、生命或贵重物品的，处5年以下自由刑或罚金：1. 具有下列不适合驾驶情形之一而仍然驾驶的：a. 饮用酒或其他麻醉品，或b. 精神上或身体上有缺陷。2. 具有下列严重违反交通规则及疏忽情形的：a. 未注意优先行驶权，b. 错误超车或在超车时错误驾驶，c. 在人行横道上错误驾驶，d. 在不能看清的地方、十字路口、街道、铁路交叉道口超速行驶，e. 在不能看清的地方，未将车停放在车道右侧，f. 在高速公路或公路上掉头或试图掉头，g. 刹车或停车时未保持交通安全所必需的距离……三、犯第1款之罪有下列情形之一的，处2年以下自由刑或罚金：1. 过失造成危险的，或2. 过失为上述行为，且过失造成危险的。”

第六，有关损坏重要设施的过失危险犯的规定。第318条（损坏重要设备）规定：“一、对水管、水闸、堰闸、堤坝、防水堤坝或其他水利设施或桥梁、渡船、道路、防水闸或用于蓄水、通风，或用于工人出入的设备加以毁弃、损坏，因而危及他人身体或生命的，处3个月以上5年以下自由刑……六、过失造成第1款危险，或过失为上述行为，且过失造成危险的，处3年以下自由刑或罚金。”

第七，有关违反建筑规则的过失危险犯的规定。第319条（违反建筑规则）规定：“一、在建筑物的设计、指挥、施工或拆除时，违反公认的技术规则，因而危及他人身体或生命的，处5年以下自由刑或罚金。二、在履行设计、指挥、施工职务时，违反公认的技术规则，增加或变更建筑物的技术设备，因而危及他人的身体或生命的，处与前款相同之刑罚。三、过失造成危险的，处3年以下自由刑或罚金。四、过失犯第1款和第2款之罪，且过失造成危险的，处2年以下自由刑或罚金”。

第八，有关释放毒物造成严重危害的过失危险犯的规定。第330条a（放毒造成严重危害）规定 “一、传播或泄放有毒或能产生毒性的物质，有导致他人死亡或重伤，或导致不特定多数人重伤之虞的，处1年以上10年以下自由刑……五、过失为第1款

之行为,且过失造成危险的,处3年以下自由刑或罚金。”^①

日本现行刑法典于1907年颁布,1908年10月1日起施行。在将近一个世纪的时间里,日本刑法典共修改了21次,其中就包括较近的2001年的3次、2003年和2005年的2次修改,因此,日本已从刑事立法的稳定化转向了刑事立法的活性化进而导致刑法保护的早期化与刑罚处罚的重罚化^②,对于过失危险犯的立法例,即可视为这种立法的“活性化”和“处罚的早期化”的表现之一。对于过失危险犯,1907年的日本刑法典就作了明确规定,1974年的《日本改正刑法草案》则增加了关于过失危险犯的规定。

1907年的日本刑法典第129条(过失导致交通危险)规定“过失致使火车、电车或者船舶的交通发生危险,或者致使火车、电车颠覆或者破坏,或者使船舰颠覆、沉没或者破坏的,处三十万元以下的罚金。从事交通业务的人犯前项之罪的,处三年以下监禁或者五十万元以下罚金。”

1974年的《日本改正刑法草案》对过失危险犯的规定大量增加,具体表现在:

第一,有关爆炸物与危险物的过失危险犯规定。第175条(过失爆炸、破裂、泄漏)规定“过失使爆炸物爆炸或者激发物破裂,导致对人的生命、身体或者财产产生危险的,处一年以下禁锢或者二十万元以下罚金。过失使煤气、电气、蒸气、放射线或者放射性物质漏出、流出、散发或者断绝,导致对人的生命、身体或者财产产生危险的,与前项同。懈怠业务上必要的注意,犯前两项之罪的,处三年以下禁锢或者三十万元以下罚金。因重大过失犯前两项之罪的,亦同。”

第二,关于妨害交通罪的过失危险犯规定。第198条(过失导致火车、船舶、航空器的交通危险、破坏)规定“过失致使火车、电车、船舶或者航空器的交通发生危险,或者致使现在有人在内的火车、电车、索道车、公共汽车、船舶或者航空器颠覆、沉没、坠落或者破坏的,处一年以下禁锢或者二十万元以下罚金。懈怠业务上必要的注意,犯前项之罪的,处三年以下禁锢或者三十万元以下罚金。因重大过失犯前项之罪的,亦同。”

第三,有关公众健康的犯罪中的过失危险犯规定。第211条(过失将毒物混入饮食物等、释放毒物等)规定“过失将毒物或者其他有害健康之物,混入供多数人饮食之物或者其原料、或者由水道供给公众的饮用水或者其水源,导致对人的生命、身体产生危险的,处一年以下惩役或者二十万元以下罚金。过失释放、扔弃、散发毒物或者其他有害健康之物,或者使其流出,污染大气、土壤、河流或者其他公共水域,导致对公众的生命、身体产生危险的,与前项同。懈怠业务上必要的注意,犯前两项之罪的,处三年以下禁锢或者三十万元以下罚金。因重大过失犯前两项之罪的,亦同。”^③

除德、日两国外,其他一些大陆法系国家的刑法典也有关于过失危险犯的规定。

意大利刑法典在第六章第三节规定了“造成公共危险的过失犯罪”,其中第450条至第452条为过失危险犯规定。第450条(造成危险的过失犯罪)规定“以自己过失的作为或不作为,致使铁路灾祸、洪灾、搁浅、船舶沉没或其他水上建筑物沉没的危险

① 徐久生、庄敬华译《德国刑法典》,中国法制出版社2000年版,第206—224页。

② 张明楷《日本刑法的发展及其启示》,载《当代法学》2006年第1期。

③ 张明楷译《日本刑法典》,法律出版社1998年版,第43—161页。

出现或存在的,处2年以下有期徒刑。如果犯罪人违反了负责排除危险的机关发出的具体命令,有期徒刑不少于1年。”第451条(因过失而未放置预防灾祸或劳动事故的装置)^①规定“因过失而未放置或者移动用于灭火、抢救、灾祸或劳动事故救护等目的的设备或其他工具,或者使之不可使用的,处以1年以下有期徒刑或者20万至100万里拉罚金。”第452条(损害公众健康的过失犯罪)规定“因过失而实施第438条和第439条规定的某一犯罪的,依照下列规定处罚(1)如果上述条款为犯罪规定的刑罚是死刑,处以3年至12年有期徒刑;^②(2)如果上述条款为犯罪规定的刑罚是无期徒刑,处以1年至5年有期徒刑;(3)如果第439条规定适用有期徒刑,处以6个月至3年有期徒刑。如果因过失而实施第440条、第441条、第442条、第443条、第444条和第445条规定的某一行为,分别适用有关条款规定的刑罚,并且在三分之一至六分之一的幅度内减轻。”^③

法国刑法典第223-1条规定“明显蓄意违反法律或条例强制规定的安全或审慎之特别义务,直接致他人面临死亡或足以造成身体毁伤或永久性残疾的紧迫即发之危险的,处1年监禁并科15000欧元罚金。”^④

俄罗斯联邦刑法典第225条(不正确履行保护武器、弹药、爆炸物品和爆炸装置的职责)规定:“……2.不正确履行保护核武器、化学武器、生物武器或其他各种大规模杀伤性武器或可用于制造大规模杀伤性武器的材料或设备的义务,并引起严重后果或构成发生这些后果的危险的,处数额为12万卢布以下或被判刑人1年以下的工资或其他收入的罚金;或处7年以下的剥夺自由,并处3年以下剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利。”^⑤

瑞士联邦刑法典在第七章(危害公共安全的重罪和轻罪)对过失危险犯作了明确规定。第222条(过失导致火灾)第2款规定“行为人过失使他人的身体和生命处于危险之中的,处监禁刑。”第225条(过失危害他人)规定“1.行为人故意、但非以犯罪为目的,或者行为人过失地用爆炸物或者有毒气体使他人的身体和生命或使他人的

① 该条是对第二节“以欺诈造成公共危险的犯罪”的过失犯罪的规定,笔者认为过失犯第439条至第445条应为过失危险犯的规定。第439条(在水或食品中投毒)规定“在为消费而汲取或者分发之前,在饮用水或食品中投毒的,处以15年以上有期徒刑……”第440条(造成食品变质或者掺假)规定“在为消费而汲取或者分发之前,使饮用水或食品腐坏变质,对公众健康造成危险的,处以3年至10年有期徒刑。以对公众健康造成危险的方式在用于销售的食品中掺假的,处以同样的刑罚。如果变质的或者掺假的是药品,刑罚予以增加”。第441条(造成其他物品变质或者掺假)规定“以对公众健康造成危险的方式,致使前条列举范围以外的、用于销售的物品变质或者掺假的,处以1年至5年有期徒刑或者60万里拉以上罚金。”第442条(销售变质的或掺假的食品)规定“虽然没有参加前三条列举的犯罪,但对公众健康造成危险的方式,为销售而持有、销售或者为消费而分发已被他人投毒的、已腐坏的、已变质的或者已掺假的水、食品或物品的,分别处以以上各条规定的刑罚。”第443条(销售或提供变质药品)规定“为销售而持有、销售或者提供变质的或有缺陷的药品的,处以6个月至3年有期徒刑和20万里拉以下罚金。”第444条(销售有毒食品)规定“为销售而持有、销售或者为消费而分发虽不是变质的或掺假的,但对公众健康具有危险的食用品的,处以6个月至3年有期徒刑和10万里拉以上罚金。如果购买或接受上述物品的人知道该物品是有毒的,刑罚予以减轻。”第445条(以对公众健康造成危险的方式提供药品)规定“从事包括擅自从事药品销售的人,提供药品不符合医生嘱托的种类、质量或数量的,或者与所要求的或商定的种类、质量或数量不同的,处以6个月至2年有期徒刑和20万至200万里拉罚金。”参见黄风译《意大利刑法典》,中国政法大学出版社1998年版,第131—133页。

② 此项已被废除。

③ 黄风译《意大利刑法典》,中国政法大学出版社1998年版,第133—134页。

④ 罗结珍译《法国新刑法典》,中国法制出版社2003年版,第72页。

⑤ 黄道秀译《俄罗斯联邦刑法典》,中国法制出版社2004年版,第121—122页。

财产处于危险之中的,处5年以下监禁刑。2.在情节轻微的情况下,可科处罚金。”第228条(对电力设备、水利工程和防护设施的损坏)规定“1.故意对电力设备、水利工程,尤其是大坝、防洪堤、拦河坝、水闸、防止自然灾害如防止山崩或雪崩的防护设施,予以损坏、毁损,并因此使他人的身体和生命或他人的财产处于危险之中的,处重惩役。行为只造成微小损失的,可科处监禁刑。2.行为人过失为上述行为的,处监禁刑或罚金。”^①

瑞典刑法典第十三章(有关公共危险的犯罪)中也有关于过失危险犯的规定。如该章第6条规定“不谨慎地处理火、爆炸或者以其他方式过失导致下列结果之一的,以过失危及公众罪处罚金或6个月以下监禁:1.火灾或第1条、第2条或第3条规定的灾难或发生灾难的危险……”^②

(2) 英美两国有关过失危险犯的判例和立法。

在英美法系国家,主要在单行刑法或判例中有关过失危险犯的规定。

作为实行判例法国家的美国,在实践中确立了惩治过失危险犯的判例。如1987年7月23日,一架美国波音747客机从纽约飞抵伦敦,机上有乘客380人。降落前,驾驶人员忘记打开机翼升降器,在降落前45秒时,被机场指挥人员发现并及时通知机组人员,驾驶人员匆忙驾机升高,在空中盘旋一圈放下升降器,再次着陆,才避免了一场机毁人亡的惨祸。事后,美国法院追究了机组人员的刑事责任。他们认为,机组人员的这一过失,虽然由于发现及时而未造成严重后果,但其危险性已极为严重,因而构成过失犯罪。^③

美国《模范刑法典》第220.2条(引起灾祸的发生或者危险)规定:“(1)引起灾祸。行为人通过爆炸、纵火、洪水、雪崩、建筑物倒塌、释放有毒气体、放射性物质或者其他有害物质、破坏力或者有可能引起广泛伤害或者破坏的其他手段,蓄意地、明知地引起灾祸的,成立二级重罪;轻率地引起灾祸的,成立三级重罪。(2)引起灾祸的危险。行为人因使用火、爆炸物或者第1款中所列的其他危险手段而轻率地引起发生灾祸的危险的,成立轻罪。(3)怠于防灾。行为人明知地、轻率地不采取合理措施防止灾祸的发生或者减轻灾祸,存在下列情形的,成立轻罪:(a)行为人明知其具有公务上、契约上或者其他法律上的义务采取此类措施;(b)行为人实施或者同意他人实施引起灾祸的发生或者危险的行为。”^④

英国刑法有关过失危险犯的规定或判例主要散见于道路交通方面的犯罪中。主要罪名一为疏忽驾驶罪。“在普通法中,疏忽成为刑事责任的基础是极少见的。”“然而,疏忽地驾驶一机动车辆却构成犯罪且该犯罪并不需要有(虽然在起诉时未必排除)对人身或者财产的损害。”^⑤英国《1988年道路交通法》第3条(疏忽的和不顾他人的驾驶)规定“在道路上或其他公共场所驾驶机动车交通工具,没有对正在使用该道路或公

① 徐久生、庄敬华译《瑞士联邦刑法典》(1996年修订),中国法制出版社1999年版,第73—74页。

② 陈琴译《瑞典刑法典》,北京大学出版社2005年版,第22页。

③ 参见李记华《论危险状态过失犯罪》,载《研究生法学》1991年第2期;侯国云《过失犯罪论》,人民出版社1996年版,第178页。

④ 刘仁文、王炜等译《美国模范刑法典及其评注》,法律出版社2005年版,第150—151页。

⑤ [英]J·C·史密斯、B·霍根《英国刑法》,法律出版社2000年版,第539—541页。

公共场所的其他人尽到应尽的注意和照顾义务或者合理之谨慎的，构成犯罪。”^① 二为危险驾驶罪。为《1991年道路交通法》第1条所取代的《1988年道路交通法》第2条规定 “2A (1) 鉴于如上第1条和第2条的目的，任何人将被认为构成危险驾驶，当（按照如下第2款规定，且仅当）——（a）其驾驶方式远未达到一令人满意的、谨慎的司机所被期望的程度，且（b）对于一令人满意的、谨慎的司机而言，很明显的，以此种方式驾驶将是危险的。（2）同样，鉴于如上第1条和第2条的目的，任何人也将被认为构成危险驾驶，如果对于一令人满意的、谨慎的司机而言，在汽车当前的这种状态下驾驶，明显是危险的。（3）如上第1款和第2款中，‘危险的’，是指对任何人造成伤害的危险或者严重损害财产的危险；鉴于上述款项之目的，在具体案例中，为确定何为一令人满意的、谨慎的司机所被期待的内容，或者何为对其是明显的，不仅应当考虑他能够被期待所明知的情况，也应当考虑被证明是在被告人知识范围内的任何情况。（4）鉴于如上第2款的目的，在确定汽车的状态时，要考虑加于其上或其车内所承运的任何物品，也要考虑其所附加或者承运的方式。” 克拉威克案（1984）（Krawec）和沃德华德案（1995）（Woodward）就确立了这样的过失危险犯。^②

除英、美两国外，其他一些英美法系国家的刑法也有关于过失危险犯的规定。

新加坡刑法典第十四章（危害公共卫生、安全、便利、礼仪和道德的犯罪）中有过失危险犯的规定。如第269条（可能导致某种致命疾病传染的过失行为）规定：“任何人非法地或过失地实施了任何行为，明知或有理由相信可能导致任何危及生命的疾病传染的，处6个月以下的有期徒刑，或罚金，或两罚并处。”第279条（在公路上轻率^③驾车或者骑车）规定 “任何人在公路上轻率驾车或骑车，或者疏忽^④地危及人身安全，或可能对他人造成伤害或损害的，处6个月以下的有期徒刑，或处1000新元以下的罚金，或两罚并处。第280条（轻率驾驶船舶）规定 “任何人轻率驾驶船舶，或疏忽地危及人身安全，或可能对他人造成伤害或损害的，处6个月以下的有期徒刑，或处1000新元以下的罚金，或两罚并处。”第282条（客运船舶超载或者不安全运载）规定 “任何人故意或疏忽地使用其状态或者运载情况可能危及人身安全的船只运载任何人，或者使任何人被该等船只运载的，处6个月以下的有期徒刑，或处1000新元以下的罚金，或两罚并处。”第284条（处理有毒物质的疏忽行为）规定 “任何人对任何有毒物质，轻率或疏忽地实施一项行为，对人身安全造成危险，或者可能会对其他任何人造成伤害或损害的，或者故意或疏忽地不遵守有关其拥有的有毒物质的命令，而该命令是为了有效地保证人身安全而要求对有毒物质采取措施的，处6个月以下的有期徒刑，或处1000新元以下的罚金，或两罚并处。”第285条（处理火源或者易燃物品的疏忽行为）规定 “任何人对火源或者任何易燃物，轻率或疏忽地实施一项行为，对人身安全造成危险，或者可能会对其他任何人造成伤害或损害的，或者故意或疏忽地不遵

① 谢望原等译《英国刑事制定法精要》（1351—1997），中国人民公安大学出版社2003年版，第316页。

② 〔英〕J·C·史密斯、B·霍根《英国刑法》，法律出版社2000年版，第547—550页。

③ 原文为“rash”，有鲁莽、轻率之意，与我国刑法理论中过于自信的过失相似。

④ 原文为“negligent”，有不注意、疏忽之意，有的译为“过失”，但其实与我国刑法中疏忽大意的过失相似。

守有关其拥有的火源或者任何易燃物的命令,而该命令是为了有效地保证人身安全而要求对火源或者任何易燃物采取措施的,处6个月以下的有期徒刑,或处1000新元以下的罚款,或两罚并处。”第286条(处理易燃物品的疏忽行为)规定“任何人对易燃物品,轻率或疏忽地实施一项行为,对人身安全造成危险,或者可能会对其他任何人造成伤害或损害的,或者故意或疏忽地不遵守有关其拥有的易燃物品的命令,而该命令是为了有效地保证人身安全而要求对易燃物品采取措施的,处6个月以下的有期徒刑,或处1000新元以下的罚款,或两罚并处。”第287条(处理拥有或者负责的机械的疏忽行为)规定“任何人对任何机械,轻率或疏忽地实施一项行为,对人身安全造成危险,或者可能会对其他任何人造成伤害或损害的,或者故意或疏忽地不遵守有关其拥有或者由其负责的机械的命令,而该命令是为了有效地保证人身安全而要求对机械采取措施的,处6个月以下的有期徒刑,或处1000新元以下的罚款,或两罚并处。”第288条(拆除或者修缮建筑物中的疏忽行为)规定“在摧毁或修理建筑物时,任何人故意或疏忽地不遵守有关其建筑物的命令,而该命令是为了有效地保证该建筑物或其一部分的倒塌不致造成人身安全危险而要求采取措施的,处6个月以下的有期徒刑,或处1000新元以下的罚款,或两罚并处。”第289条(看管动物中的疏忽行为)规定“任何人故意或疏忽地不遵守有关其拥有的任何动物的命令,而该命令是为了有效地防止其对人身安全造成可能的危险或因该动物可能造成重伤害的危险而要求其实施某种行为的,处6个月以下的有期徒刑,或处1000新元以下的罚款,或两罚并处。”^①

新西兰刑事法典第270条(危及交通安全罪)规定:“(1)意图对他人人身或财物造成危险,或因轻率而忽视他人人身或财物的安全,实施以下行为之一的,判处14年以下监禁:(a)进入任何交通设施内;(b)对交通设施实施任何行为,引起他人或财物处于危险状态的……”^②

尼日利亚刑事法典法案第343条规定“以危及人的生命或可能造成任何他人伤害的轻率或疏忽的方式——(a)在公共道路上驾驶任何车辆;或者(b)航行,或参与航行或运转任何船只;或者(c)利用火或任何可燃物实施任何行为,或疏于采取防范其持有的火或任何可燃物可能造成的任何危险的措施;或者(d)疏于采取防范其占有的任何动物可能造成任何危险的措施;或者(e)为其同意治疗的任何人实施内科或外科治疗;或者(f)分配、供应、出售、管理或分发药品或有毒或危险的物品;或者(g)实施涉及其占有的任何爆炸物的任何行为,或疏于采取适当的防范其占有的任何爆炸物可能造成的任何危险的任何措施的,构成轻罪,应当判处1年监禁。”^③

2. 我国过失危险犯的立法考察

在我国封建律刑中,对涉及皇帝衣食住行而可能对皇帝人身安全造成危害的一些过失犯罪,曾有类似于现代刑法中处罚危险犯的规定。唐律第103条规定“诸造御膳,误犯食禁者,主食绞。”依此规定,给皇帝做饭的厨师,只要误犯食禁,不论是否送给

① 刘涛、柯良栋译《新加坡刑法》,北京大学出版社2006年版,第61—64页。

② 于志刚、赵书鸿译《新西兰刑事法典》,中国方正出版社2007年版,第118页。

③ 张旭辉译《尼日利亚刑法》,北京大学出版社2007年版,第101—102页。

皇帝吃，也不论皇帝吃后是否不适，对为首的厨师都要处以绞刑。^①

关于我国现行刑法中是否存在过失危险犯的规定，有学者认为，现行刑法没有规定过失危险犯，过失犯都是以发生侵害结果为前提。^②而有些学者则明确指出：我国刑法中确实存在关于过失危险犯的立法例。但对于过失危险犯的范围，学者之间的看法尚有分歧。如一种观点认为，我国1997年刑法规定了两个过失危险犯，即妨害传染病防治罪和妨害国境卫生检疫罪。^③另一种观点认为，除了这两个罪之外，过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪也是过失危险犯。^④笔者赞成后一种观点，即认为妨害传染病防治罪、妨害国境卫生检疫罪和过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪应当视为过失危险犯的立法例。

(1) 关于妨害传染病防治罪属于过失危险犯立法例的分析。

1997年刑法典第三百三十条规定“违反传染病防治法的规定，有下列情形之一，引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑：①供水单位供应的饮水不符合国家规定的卫生标准的；②拒绝按照卫生防疫机构提出的卫生要求，对传染病病原体污染的污水、污物、粪便进行消毒处理的；③准许或者纵容传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人从事国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作的；④拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。甲类传染病的范围，依照《中华人民共和国传染病防治法》和国务院的有关规定确定。”

从上述规定不难看出，刑法对妨害传染病防治罪设置了危险犯和实害犯的构成。问题在于，对该罪的罪过形式应如何界定？对此，理论上存在着重大分歧。第一种观点认为，本罪的主观方面为过失^⑤，即行为人对引起甲类传染病传播或者有传播危险是不明知的，但行为人对违反传染病防治规定的行为则是故意的，如果行为人明知会引起甲类传染病传播或者有传播危险而仍实施违反传染病防治法规定的行为，则以危害公共安全罪论处。^⑥第二种观点认为，本罪的主观方面是故意，即行为人明知自己的行为会发生传播传染病的后果，而希望或放任此种后果发生。^⑦第三种观点认为，本罪的主观方面可以表现为故意，也可以表现为过失。^⑧笔者赞同第一种观点。一方面，甲类传染病传播速度快，危害性强，一旦蔓延开来，就会危及不特定多数人的生命、健康，耗费国家大量的人力、物力，因而，引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的行为与放火、爆炸等危害公共安全的犯罪在客观危害程度上不相上下。对于本罪，一般只能判处三年以下有期徒刑或者拘役；在后果特别严重的情况下，也只能处三年以上七年以下有期徒刑

① 参见刘仁文《过失危险犯研究》，中国政法大学出版社1998年版，第18—20页。

② 张明楷《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第179页。

③ 马松建《过失危险犯比较研究》，载《郑州大学学报》（社会科学版）2000年第4期。

④ 刘仁文《过失危险犯研究》，中国政法大学出版社1998年版，第27—28页。

⑤ 高铭喧、马克昌《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第634页。

⑥ 周振想《中国新刑法释论与罪案》（下），中国方正出版社1997年版，第1371页。

⑦ 李建华、杨兴培《新刑法实用手册》，光明日报出版社1997年版，第456页。

⑧ 严金《犯罪构成原论》，中国检察出版社2004年版，第272—273页。