

XINGFA XIUZHENGAN 8 DE
LIXING BIANSI

《刑法修正案（八）》的
理性辨思

王强军 ◎ 著



XINGFA XIUZHENGAN 8 DE
LIXING BIANSHI

《刑法修正案（八）》的 理性辨思

王强军 ◎ 著



 知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

本书共分为六个部分,第一部分从社会大环境和法治小环境两个层面分析《刑法修正案(八)》的立法背景;第二部分从一举废除13个罪名的死刑、对年满75周岁的老年人不适用死刑、突破刑法理论对未成年人贯彻从宽处罚三个方面分析《刑法修正案(八)》的激进;第三部分从理论的角度提出限制死刑、未成年人从宽处罚应当采取的实质性修正两个方面分析《刑法修正案(八)》的保守;第四部分从《刑法修正案(八)》回应社会发展对刑事法治的需求,将部分行为犯罪化、吸收理论研究的最新成果、实现国际犯罪的国内立法等方面分析《刑法修正案(八)》的表象;第五部分从“严”字当头、重刑化倾向明显分析《刑法修正案(八)》的实质;第六部分提出以后刑法修正应当处理好的五大关系。

责任编辑:杜丽丽

图书在版编目(CIP)数据

《刑法修正案(八)》的理性辨思/王强军著. —北京:知识产权出版社,2011.9

ISBN 978-7-5130-0767-2

I. ①刑… II. ①王… III. ①刑法—研究—中国

IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第166454号

《刑法修正案(八)》的理性辨思

王强军 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

邮编:100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8128

责编邮箱: dulili@cnipr.com

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:15

版 次:2011年10月第1版

印 次:2011年10月第1次印刷

字 数:246千字

定 价:48.00元

ISBN 978-7-5130-0767-2/D·1292(3666)

出版版权 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

目 录

第一章 《刑法修正案（八）》立法背景之探究	(1)
第一节 《刑法修正案（八）》出台的社会大环境	(4)
一、工业化程度的逐步深入	(4)
二、风险社会的逐步形成	(8)
三、社会转型时期下的社会矛盾的复杂性	(14)
第二节 《刑法修正案（八）》出台的法律背景	(17)
一、宽严相济刑事政策的大背景	(18)
二、社会管理创新观念下刑罚执行观念的调整	(22)
第二章 刑法修正案（八）的激进	(27)
第一节 死刑立法控制层面的激进表现	(29)
一、国际社会废除死刑的趋势和现状	(29)
二、中国废除死刑的酝酿及方案设计	(32)
三、废除 13 个罪名的死刑迈出了废除死刑之路上坚实的 一步	(33)
第二节 死刑司法控制层面的激进表现	(36)
一、老年人免死没有得到国际社会的广泛认同	(36)
二、老年人免死的理由并不是绝对充分	(39)
第三节 涉未成年人修正的激进表现	(43)
一、首次确立排除未成年人构成一般累犯的可能	(44)
二、首次确立针对未成年人应当宣告缓刑制度	(48)
三、首次免除未成年人的前科报告义务	(52)

第三章 《刑法修正案（八）》的保守..... (55)

第一节 废除 13 个罪名的死刑并不必然撼动中国死刑状况 (57)

一、中国废除死刑的根本原因之分析 (58)

二、13 个罪名的死刑废除并不必然撼动中国废除死刑的 状况 (61)

三、死刑废除的路径选择 (65)

第二节 在未成年人犯罪修正上的保守之表现 (69)

一、不排除未成年人构成特殊累犯的可能 (69)

二、针对未成年人的应当宣告缓刑不具有普适性 (73)

三、免除未成年人的前科报告义务不具有彻底性和广泛 适用性 (74)

第四章 《刑法修正案（八）》的表象..... (77)

第一节 回应刑事法学理论研究的新进展 (79)

一、充分贯彻宽严相济刑事政策“宽”的一面 (79)

二、部分吸收刑事和解的纠纷解决模式 (82)

三、实现坦白从宽法定化 (85)

第二节 回应社会安全对刑事法治的需求 (89)

一、回应国家安全对刑事法治的需求 (90)

二、回应出行安全对刑事法治的需求 (96)

三、回应生命健康安全对刑事法治的需求 (127)

四、回应食品安全对刑事法治的需求 (132)

五、回应劳动安全对刑事法治的需求 (146)

六、回应生态安全对刑事法治的需求 (159)

第三节 实现国际犯罪的国内立法 (164)

一、履行国际义务、实现国际犯罪的国内立法 (164)

二、本罪构成要件的设定及其缺陷 (165)

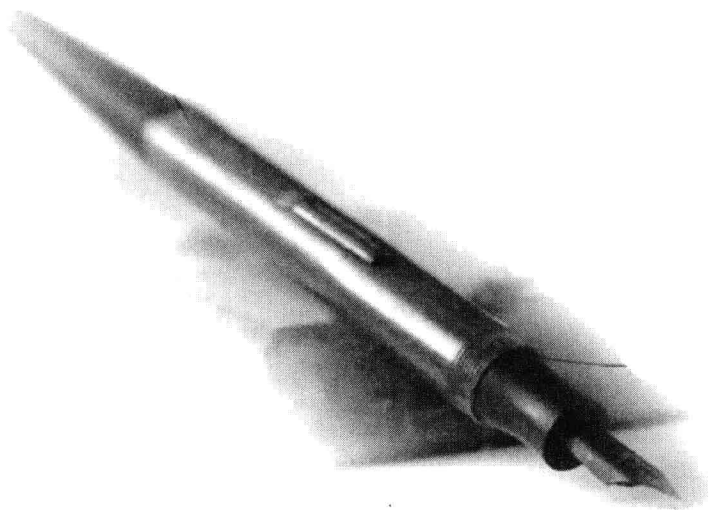
三、外国公职人员或国际公共组织官员受贿行为的定性及相关 司法合作 (166)

第五章 《刑法修正案（八）》的本质	(171)
第一节 “严”字当头	(173)
一、严格减刑、假释的适用	(175)
二、扩大特殊累犯的成立范围	(180)
三、删除“犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚”的规定	(190)
第二节 重刑化倾向明显	(195)
一、提高部分犯罪的法定刑	(195)
二、提高有期徒刑数罪并罚的刑期至25年	(199)
三、延长死缓的实际执行刑期	(204)
四、罚金刑从倍比罚金制转向抽象罚金制	(206)
结语：刑事立法的正与当	(211)
一、开门立法与关门立法	(213)
二、非犯罪化与犯罪化	(218)
三、重刑化与轻刑化	(220)
四、理性化立法与情绪性立法	(225)
五、罪状设计的明确性与模糊性	(229)
六、罪名确定的抽象性和针对性	(233)
参考文献	(237)
著作类	(237)
论文类	(239)
后 记	(241)

第一章

《刑法修正案（八）》

立法背景之探究



“经济基础决定上层建筑”，这告诉我们，当经济基础发生变化时，作为上层建筑的法律必然会随之发生变化，而且，从理论上来说，越古老的法律、越是与生活经验有关的法律，其随着社会的变化而修正就应当越频繁。^① 在中国这样一个经济高度发展、社会急剧转型、成文法传统较强的国家，法律不能适应社会政治、经济、文化的发展是必然的，也是肯定的。所以，随着社会发展所呈现出的特点而及时地进行法律修正，既是推动社会向前发展的过程，也是法律自我进化、走向科学的过程。

在2011年3月召开的第十一届全国人民代表大会第四次会议上，全国人民代表大会常务委员会委员长吴邦国在做全国人民代表大会常务委员会工作报告时指出，自从中华人民共和国1949年成立以来的60多年时间里，我国的立法机关秉承以下5点原则：（1）坚持中国共产党的领导；（2）坚持以中国特色社会主义理论体系为指导；（3）坚持从中国国情和实际出发；（4）坚持以人为本、立法为民；（5）坚持社会主义法制统一。积极进行法律、行政法规、地方性法律法规的立法制定工作。对中国的社会主义法律体系建设进行了卓有成效的工作。到2010年年底，中国已制定现行有效法律236件、行政法规690多件、地方性法规8600多件，并全面完成对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作。从而形成涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全、各法律部门中基本的、主要的法律已经制定、相应的行政法规和地方性法规比较完备，法律体系内部总体做到科学和谐统一。^② 而社会主义法律体系系统率下的每部法律、行政法规、地方性法律法规肯定都是在中国社会的政治、经济、文化发展呈现一定的特征和状态时，顺应社会发展需要而形成和出现的。也即是说，我们每一件法律、行政法规、地方性法律法规的出台都是在特定的社会背

① 林东茂．一个知识论上的刑法学思考[M]．北京：中国人民大学出版社，2009：34．

② 参见全国人民代表大会常务委员会工作报告（2011）[R]．



景或国情的推动下酝酿并最终形成的。那么，作为宪法统率下的基本部门法——刑法的修正也不例外。

自1997年新刑法公布实施至今，最高立法机关已经通过了一个决定^①、八个刑法修正案。可以说每一次修正都具有特定的社会背景，也都是在特定的社会背景推动下形成的。具体到2011年2月25日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过，自2011年5月1日实施的《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称《刑法修正案（八）》）也不例外。我们只有从宏观层面准确把握和清楚推动法律规范萌芽并最终形成的社会背景和法律背景，才能在微观层面较为科学精确地理解和适用法律。笔者拟从社会大环境和法治小环境来探寻《刑法修正案（八）》形成和出台的背景。其中，社会大环境主要是指中国在工业社会的推动下逐步进入风险社会的基本社会发展态势；法治小环境主要是指中国正在全面贯彻实施的宽严相济刑事政策和创新社会管理、化解社会矛盾的指导思想及观念。下面笔者将逐一进行详述。

第一节 《刑法修正案（八）》出台的社会大环境

经济基础决定上层建筑告诉我们，作为上层建筑的法律尤其是调整最为激烈的社会冲突的刑法，更应当受到社会经济发展大环境和大趋势的影响和制约。因为随着生产工具的现代化更新频繁，生产方式也纷繁更迭，经济结构和经济形势也会呈现出新的特点，如在传统的农耕社会中不会出现而当下社会备受国人关注的危险驾驶罪、生产销售假药罪，等等。在社会的经济结构或经济状态呈现出新的特征后，刑法就应当做出相应的调整。《刑法修正案（八）》就是在中国从高度发达的工业化社会向风险社会过渡的进程中逐步酝酿形成的。

一、工业化程度的逐步深入

随着科技的发达，生产工具一再更新，生产方式也在逐步转变，中国的工

^① 《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》于1998年12月29日由中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过。



业化程度已经达到相当高的程度。以大机器的使用和无生命能源的消耗为核心的专业化社会大生产占据了社会经济的主导地位，科学技术高度发达，生产效率全面提高，随之带来的是社会分化剧烈、社会分工精细、社会流动性增强，城市数量增加、规模加大。交通运输工具和通信手段高度发达，个人、群体、组织、区域、国家日趋开放。在上述因素的逐步推动下，中国社会的工业化程度逐步加深，生产技术和生产方式发生频繁更新，新技术、新材料、新能源等纷纷进入人们的生活，这些新技术、新材料、新能源在推动社会向前发展、给人们带来方便的同时，自然摆脱不了“有光即有影”的怪圈。

第一，科技本身的高风险性。工业化进程中的新技术、新材料、新能源等本身具有较大的风险性，能够对社会造成一定的侵害，因为科学实验和科学技术的客观规律决定了“成功和失败即在一瞬间”、“天使和恶魔随时有可能发生转换”。如核能给人带来清洁能源的同时，也具有泄漏和辐射的可能，其不仅会对环境造成污染，而且会伤及社会公众的生命和身体健康，如切尔诺贝利核泄漏、日本地震引发的核泄漏，等等。

第二，工业社会下人们对财富的追求使环境的承受力面临严峻考验。工业社会下，生产工具的先进性和人们对财富的渴求造就了自然被视为人类征服和改造的对象，环境资源被视为人类可利用的资料和客体。对自然改造得越大，人类的权利就越大；对资源利用得越多，人类的利益空间就越广。然而，在这种盲目的改造利用过程中，必然造成对资源的过度开发和对环境的污染。在这种背景下，立法即使对环境和自然资源进行保护，也是出于人类自身的功利，绝非是为了动物、植物和自然界本身的利益。这种“物为人用”的思想实际体现了一种人类沙文主义和物种歧视主义。^① 如果对环境权益的注重不足，相应的因工业化进程所引发的环境破坏就会不可避免地发生，而环境一旦遭受破坏，其危害后果并不能轻易恢复。例如，2005 年的松花江重大水污染事件，2010 年的紫金矿业污染事件，2009 年的江苏省南京市盐城市水污染事件，等等。尽管我们国家一直重视对环境和生态的保护，并且在 2005 年召开的中国共产党第十六届五中全会上确定了建设资源节约型和环境友好型社会的目标。而且，1997 年《刑法》第 338 条也规定了重大环境污染事故罪对污染环境的

① 李拥军、郑智航. 中国环境法治的理念更新与实践转向：以从工业社会向风险社会转型为视角[J]. 学习与探索, 2010 (2).



行为进行了规制。但是，改革开放以来，随着我国经济社会的快速发展，环境压力增大。重点污染物排放总量超过环境承受能力，违法排污现象严重。许多河流受到污染，不少城市空气污染严重，土壤污染面积扩大，自然生态遭到破坏，生态系统功能退化。环境污染事件特别是水污染事件频发，对人民群众的生命健康构成严重威胁。而刑法规定的重大污染事故罪在实际执行中遇到一些问题，不能适应当前日益严峻的环境保护形势的需要。

正是由于工业化进程的深入，形成了需要强化对环境资源重点保护的观念，也正是在这一观念的推动下，《刑法修正案（八）》对重大环境污染事故罪进行了修正。根据《刑法修正案（八）》第46条的规定，将《刑法》第338条修改为：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”罪名从修正前的“重大环境污染事故罪”变更为“污染环境罪”；根据《刑法修正案》第47条的规定，将《刑法》第343条（八）第1款修改为：“违反矿产资源法的规定，未取得采矿许可证擅自采矿，擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿，或者擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”两罪修正的共性在于不再要求重大危害结果的发生，而是将起刑点修正为“情节恶劣”，等于说不再以危害结果作为唯一的定罪的理由，强化了对资源和环境的重视与保护。

第三，工业社会下工业产品之殇。随着工业社会下科技水平的逐步提高，新技术、新材料、新产品等源源不断问世，这些工业产品运用得当，能够为社会带来财富和便利，运用不当则会为社会带来危险和灾难。例如，本来用于治疗呼吸道疾病的“盐酸克仑特罗”反而用来使生猪增加瘦肉的比例。据2011年“3·15晚会”报道，河南双汇集团旗下公司为了增加猪肉的瘦肉比例，减少脂肪的比例，在给生猪喂的饲料中添加瘦肉精。早在2002年，农业部、卫生部、国家食品药品监督管理局在《禁止在饲料和动物饮用水中使用的药物品种目录》中就明令禁止在饲料和动物饮用水中添加盐酸克仑特罗和莱克多



巴胺等7种“瘦肉精”。^①最高人民法院、最高人民检察院也于2002年8月16日颁布了《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，其第2条规定：在生产、销售的饲料中添加盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，或者销售明知是添加有该类药品的饲料，情节严重的，依照《刑法》第225条第4项的规定，以非法经营罪追究刑事责任。第3条规定：使用盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖供人食用的动物，或者销售明知是使用该类药品或者含有该类药品的饲料养殖的供人食用的动物的，依照《刑法》第144条的规定，以生产、销售有毒、有害食品罪追究刑事责任。解释第4条规定，明知是使用盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖的供人食用的动物，而提供屠宰等加工服务，或者销售其制品的，依照《刑法》第144条的规定，以生产、销售有毒、有害食品罪追究刑事责任。除瘦肉精事件，近些年来，化工产品被用于食品药品的事件也屡有发生，而且多是与人们日常生活密切相关的产品。如三鹿奶粉中添加“三聚氰胺”、红心咸鸭蛋中添加“苏丹红”、皮革奶、毒豆芽、染色馒头、墨染粉条、牛肉膏、一滴香、火锅红、地沟油……一时之间，让人们对于餐桌上的食品安全问题产生了“食品恐惧症”。

在这种背景下，为了保证公众餐桌上食品的安全性，为了保障公众的生命安全和身体健康，我们有必要再审视食品药品安全的刑法规制。《刑法修正案（八）》及时回应了社会环境的这种变化，用了4个条文来强化对食品药品安全的保护，分别是修正案第23条、第24条、第25条和第49条。其中第23条将《刑法》第141条规定的生产、销售假药罪入罪条件“足以严重危害人体健康”删除，从而使生产销售假药罪从修正前的具体危险犯转变成现今的

① 《禁止在饲料和动物饮用水中使用的药物品种目录》第1条规定，禁止在饲料和动物饮用水中使用的肾上腺素受体激动剂包括：1. 盐酸克仑特罗（Clenbuterol Hydrochloride）：《中华人民共和国药典》（以下简称《药典》）2000年二部P605。 β_2 肾上腺素受体激动药；2. 沙丁胺醇（Salbutamol）：药典2000年二部P316。 β_2 肾上腺素受体激动药；3. 硫酸沙丁胺醇（Salbutamol Sulfate）：《药典》2000年二部P870。 β_2 肾上腺素受体激动药；4. 莱克多巴胺（Ractopamine）：一种 β 兴奋剂，美国食品和药物管理局（FDA）已批准，中国未批准；5. 盐酸多巴胺（Dopamine Hydrochloride）：《药典》2000年二部P591。多巴胺受体激动药；6. 西巴特罗（Cimaterol）：美国氰胺公司开发的产品，一种 β 兴奋剂，FDA未批准；7. 硫酸特布他林（Terbutaline Sulfate）：《药典》2000年二部P890。 β_2 肾上腺受体激动药。



抽象危险犯,抽象危险犯的性质决定了只要行为人实施了生产、销售假药的行为,就可以定罪处罚,而不再需要对生产销售的假药是否足以严重危害人体健康做出判断;第24条和第25条分别修正了生产、销售不符合卫生标准食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的人罪条件,并且将“食品卫生”上升到“食品安全”,从而将生产销售不符合卫生标准食品罪修正为生产销售不符合安全标准食品罪。除此之外,将两罪的罚金刑由修正前的“倍比罚金制”改为现今的“抽象罚金制”,一定程度上加大了对两罪的处罚;第49条新增设了“食品监管渎职罪”,对于负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员的滥用职权或玩忽职守,因而导致发生重大食品安全事故的行为进行了刑法规制,从监督过失的角度强化了对国家机关工作人员的处罚。经过《刑法修正案(八)》的修正,对于食品药品安全实现了从具体生产、销售环节到监管环节,从直接参与人员到管理监督人员的全方位的刑法规制。

二、风险社会的逐步形成

自1986年德国社会学家乌尔里希·贝克在《风险社会》^①一书中首次提出“风险社会”概念后,风险社会就引起世界各国诸多领域研究人员的关注。得出的基本观点是:信息技术、科技进步在给社会带来诸多客观方便的同时,也使整个社会处于越来越多、越来越大的风险之中,并且这种风险具有突发性、不可预见性、迅速扩展性、超民族性、后果灾难性等特征。

笔者认为与传统的风险相比,风险社会下的“风险”呈现出自己独特的性质,第一,风险的潜伏性。工业社会下存在风险是一个不争的事实,只不过这种“风险”何时转化为“实害”,需要一定的诱因,而这种诱因多是人类通过高科技手段对自然的过度干预。第二,风险的二重性。在现代科技社会,处处都有风险,而我们生活上的许多方便却又是这些风险换来的,我们发明了汽车,出行方便了,但交通肇事的危险也就产生了。^②第三,风险影响的不可控性。现代社会的风险具有一定的潜伏期,再加上人类活动的诱因,所以当其爆发时,我们难以控制其可能造成的危害范围。例如,危险驾驶罪、生产销售假药罪等,我们难以预测到这种行为所可能造成的危害的深

① [德] 乌尔里希·贝克. 风险社会 [M]. 何博闻译. 北京: 译林出版社, 2004.

② 林东茂. 一个知识论上的刑法学思考 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 41.



度和广度，而传统的自然风险，我们相对较能准确预测和预防其风险及其可能造成的实害。第四，风险影响在空间上的“国际扩散性”和在时间上的“世代延续性”。如日本地震引发的核泄漏不单危及日本国内，而且波及世界多个国家和地区；在时间的延展性上，切尔诺贝利事件导致当地较长时间人类无法居住。

快速发展的中国也初步具有了风险社会的症状，各种突发公共事件时有发生。2003年非典病毒肆虐中华大地、2008年四川汶川特大地震震惊中外、2009年的H1N1仍然在蔓延和传播。我们可以预期的是，随着生态的破坏、环境的恶化，在不远的将来还会有更多突发公共事件考验我们。为了防止风险转化为在空间上具有“国际扩散性”、在时间上具有“世代延续性”的实害，整个社会必须在观念层面转变对传统社会安全和社会秩序的认识，对其进行重新界定，在制度层面必须采取相应措施对这种风险进行控制，而较为有效的制度安排就是将可能导致实际危害结果的风险“扼杀在摇篮之中”，用中国一句古语说就是“防微杜渐”。而作为维护社会安全和秩序最后一道防线的刑法也应当随着社会控制风险的观念而做相应的调整，从过去的注重“结果惩罚”向“结果惩罚与风险控制并重”转变。而实现“结果惩罚与风险控制并重”较为理想的方式就是在刑法中增设危险犯。这一点国际社会已经有先例，例如，近年来德国和日本均有刑法学者以“刑法与危险”或“危险社会与刑法”为题，出版了研究专著，对如何处理原子核等放射性、化学性物质污染环境事故、怎样应对违反人类生命伦理规则从事克隆人的活动等问题，进行了新的思考，在现代社会对一些尚未造成实害但有危险性的行为也应该予以处罚，也就是要把对“抽象危险犯”的处罚时间提前，即对违反关系到人类未来的行为规范的行为，也要运用刑法手段来处理。^①

综观世界各国，风险社会下刑法保护提前的一个较为普遍的做法就是增设危险犯，尤其是抽象危险犯。由于“危险”本身就是一个比较模糊和危险的词语，所以如何区分和界定具体危险犯和抽象危险犯也就显得尤为必要，而且观点纷杂，如有观点认为：具体的危险犯是以发生危险作为构成要件要素的犯罪；抽象的危险犯虽然也以发生危险作为处罚根据，但它是不以发生危险作为

① 刘明祥：《德日刑法学的动向与我国刑法学的展望》[J]，法商研究，2003（3）。



构成要件要素的犯罪。也有观点认为:具体的危险犯与抽象的危险犯都是以对法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪,但是,前者的危险是需要司法上具体认定的,后者的危险是立法上推定的。还有观点认为:具体的危险犯中的危险是行为所导致的一种状态,即作为结果的危险;抽象的危险犯中的危险是行为本身属性,即行为的危险。总体来说,具体的危险犯中的危险,是在司法上以行为当时的具体情况为根据,认定行为具有发生侵害结果的可能性;抽象的危险犯中的危险,是在司法上以一般的社会生活经验为根据,认定行为具有发生侵害结果的可能性。^①

具体来说,在具体危险犯中,“危险”必须是现实存在且即将发生的真正危险,如《刑法》第116条破坏交通工具罪,在犯罪性质上应当就属于具体危险犯,其法条规定是“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果的”,也即是说,即便是行为人实施了破坏火车、汽车、电车、船只、航空器的行为,行为人并不想当然就构成犯罪,还需要司法机关具体判断其破坏行为是否可能或足以导致火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险,从而才能构成犯罪。《刑法》第123条暴力危及飞行安全罪亦是如此,并不是行为人对飞行中的航空器上的人员使用暴力就必然构成犯罪,还需要法官判断暴力行为是否危及飞行安全;而《刑法》第125条规定的非法制造买卖运输邮寄储存枪支弹药爆炸物罪,即属于典型的抽象危险犯,也即是说,只要行为人实施了非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为,行为人的行为就被视为对公共安全造成了危险,从而就可以定罪处罚。类似的还有《刑法》第144条规定的生产销售有毒有害食品罪,只要行为人实施了生产销售有毒有害食品的行为,即视为构成了对消费者生命健康的危险,从而作为犯罪处理,不再要求必须出现食源性疾患或食品安全事故。

通过上述分析,我们可以看出,在抽象危险犯的场合,“危险”更多的是一种法律拟制,也即是说,抽象危险犯是由立法者根据其生活经验或社会常识,将某种经常发生的不法行为直接规定为一种危险状态,从而确定一旦该行为实施,就认为其具有某种典型之危险性,并可因此直接定罪处罚,并

① 张明楷. 刑法学(第三版)[M]. 北京:法律出版社,2007:164.



不要求行为造成明确的、具体的、实际的危害后果。世界各国之所以设定抽象危险犯，是因为抽象危险犯具有独特的社会保护功能。具体而言：第一，抽象危险犯能够降低公害犯罪的成立标准。具体危险犯的成立要求法益侵害危险实际发生，因而有明显的外在表现，如将导致公共危险状态作为犯罪构成要件，但抽象危险犯的成立无此要求和表现。若行为人实施了某一危险行为，此行为依据客观、科学之实证结果，通常具有造成法益侵害之高度危险性，而这种危险性是立法者预先拟制之结果，即对实际有无危险不需依具体事实而为个案判断，行为人亦不需认识此抽象危险，则此行为已构成抽象危险犯。因此，在抽象危险犯の場合，只要行为人实施了立法者所认为的“法律所不容许的高风险性行为”，一旦法律拟制的“危险状态”出现，刑法便可对该行为定罪量刑。可见，较之实害犯和具体危险犯，抽象危险犯的成立门槛明显较低。第二，抽象危险犯能够减轻控方的追诉负担。抽象危险犯和具体危险犯都是处罚早期化思想的体现，但就改进实害犯的缺点而言，前者比后者更具明显成效。尽管具体危险犯也是在实际损害发生前对犯罪行为加以处罚，但由于司法部门对“在什么时候某个危险才是足够具体的”常有争议，实践中经常将具体危险的确定归结于侵害是否已经发生，而除非损害的确已实际发生，很难证明具体危险已出现过，所以在判断“危险状态”时常会遇到一些困扰。抽象危险犯的成立只要求证实立法者事先预定的高风险行为的发生即可，以至于行为人是否具有危险故意，其行为是否完全符合犯罪构成要件，行为人有无实害之故意及其行为与危险结果之间是否存在因果关系等都在所不问。可见，抽象危险犯的设置使得追诉机关的举证责任大为减小。^①

在各国刑法中，往往将部分关涉超过个人法益的犯罪规定为抽象危险犯，只要特定的行为方式实施完毕，就认为具有危险性从而应当受到刑法的处罚。在涉及食品卫生、金融、药物、交通等关涉生活共同体的各种利益还没有遭到现实侵害或危险状态没有出现之前，刑法就应当予以干预。^②在中国已经呈现出风险社会特征的大背景下，如果仍然用古典刑法理论来指导刑事立法和刑事

① 张红艳. 风险社会中公害犯罪之刑法规制——以抽象危险犯理论为切入点 [J]. 中州学刊, 2009 (5).

② 赵书鸿. 风险社会的刑法保护 [J]. 人民检察, 2008 (1).