

抽象危险犯正当性问题研究

——以德国法为视角

徐 凯◎著

Legitimationsproblematik der abstrakten Gefährdungsdelikte



中国政法大学出版社

抽象危险犯正当性问题研究 ——以德国法为视角

徐 凯◎著

Legitimationsproblematik der abstrakten Gefährdungsdelikte



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

抽象危险犯正当性问题研究/徐凯著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 10

ISBN 978-7-5620-5370-5

I. ①抽… II. ①徐… III. ①犯罪学—研究 IV. ①D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第068026号



- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 7
- 字 数 165 千字
- 版 次 2014 年 10 月第 1 版
- 印 次 2014 年 10 月第 1 次印刷
- 定 价 26.00 元

序 言

//////////

20 世纪下半叶以来，联邦德国刑法典的发展出现了新的趋势。为了提前规制特定的行为方式、参与社会发展的进程，相较于传统的侵害犯和具体危险犯，立法者更青睐采用抽象危险犯这种犯罪类型，以期更好地实现法益保护的功能，尤其体现在附属刑法之中。这在某种程度上消解了侵害犯和具体危险犯在刑法分则体系中的主导地位。此外，社会学家贝克提出了“风险社会”的概念，刑法学者认为相应地存在“风险刑法”这种新的刑法范式，而抽象危险犯则是“风险刑法”采用的主要犯罪形式。因此，抽象危险犯问题的研究也有利于深化对“风险刑法”的讨论。这种立法趋势也蔓延到我国刑法典之中，例如，《刑法》修正案（八）中的醉驾条款。众所周知，德国刑法学研究执大陆法系之牛耳，学者对抽象危险犯也有诸多著述。其中的核心问题是，在法益侵害和具体危险都没有出现的情况下，立法者基于何种理由用刑罚对单纯的行为方式进行规制？这就是德国刑法教义学中的“抽象危险犯正当性问题”。徐凯博士以此作为其毕业论文的研究主题，显示出了其对学术热点问题敏锐的洞察力和前瞻力。《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》一书正是其博士论文的原呈。作为其指

导教授，在该书即将付梓之际，欣然为其作序。我相信，这本书会成为研究我国刑法中抽象危险犯规定的他山之石。

在我看来，本书在以下几个方面作了有益的探索：

第一，界定了抽象危险犯的概念以及与其他犯罪类型的关系。在刑法学理论中，抽象危险犯经常与行为犯、结果犯、侵害犯、具体危险犯等概念一并使用。本书从行为客体与法益的区别出发，提出从形式和实质的双重标准去划分这些犯罪类型，厘清了它们之间的界限。

第二，详细引介并评析了德国刑法学者对抽象危险犯正当性问题的学说。其中，法兰克福学派认为以抽象危险犯为代表的“现代刑法”违反了法治国的基本原则，过分强调刑事政策在刑法制定中的作用，而忽略了对刑罚权自身的限制。他们认为抽象危险犯因背离“古典刑法”的精神而不具备实质合法性。而大多数学者则从不同的理论根据出发，力证抽象危险犯的正当性：有的学者借助不能未遂的可罚性根据；有的学者转用过失犯的归责标准；还有学者认为抽象危险犯侵害了精神化的中间法益或者与法益实体不同的“法益支配安全”。本书在重点介绍以上学说的基础上，分析并且指出了其中的理论不足。

第三，细化了抽象危险犯的分类，根据不同的风险创设类型提出了不同的判断抽象危险犯正当性的标准。抽象危险犯是一个集合性概念，在它之下包含了相互区别的风险设定方式。根据德国刑法的规定和学者的总结，抽象危险犯包括具体危险性犯、累积犯和预备犯。犯罪构成要件的成立不需要法益侵害或者具体危险结果的发生是它们的共性特征。但在风险创设的方式方面，这些犯罪类型却存在着不小的差异，因此判断其是否具有立法正当性的标准自然也就存在区别。

第四，澄清了抽象危险犯正当性和对其限制解释之间的关

系。抽象危险犯的正当性属于立法论的领域，限制其适用范围属于司法论的范畴。看似泾渭分明的两个问题，其实有着紧密的联系。例如，德国学者用过失未遂中“注意义务的违反”赋予抽象危险犯实质的不法内容来论证其正当性。某一行为形式上符合抽象危险犯的构成要件，但是当行为人没有违反注意义务的时候就应该排除其构成要件的适用。从正面论证抽象危险犯正当性的理由成为从反面对其限制解释的依据。通过目的性限缩，抽象危险犯条款的适用进一步彰显了其实质不法内涵。

当然，本书还有进一步完善的空间。例如，刑法规范正当性问题从根本上涉及刑罚设置的正当性，而本书却没有论及；抽象危险犯与法益的去个人化倾向密切相关，在论文写作中徐凯博士也意识到这一点，但由于时间和资料准备的关系，对此没有作进一步的发掘。如有机会，希望徐凯在今后的工作中能够继续对这一问题保持关注，取得更加深入的研究成果。

是为序。

赵国玲

2014年1月10日

摘 要

//////////

抽象危险犯是与侵害犯、具体危险犯并列的犯罪类型。长期以来,侵害犯在德国刑法分则体系中占据着主导地位,而抽象危险犯则一直处于它的“阴影”之下。但自从20世纪70年代的刑法改革以来,抽象危险犯逐渐成为立法者“偏爱”的犯罪类型。尤其是在附属刑法中出现了大量的抽象危险犯规定。抽象危险犯数量不断增多,已有与侵害犯和具体危险犯并驾齐驱之势。在侵害犯和具体危险犯中,立法者明确将对法益的侵害或者危险作为构成要件要素,以彰显刑法的法益保护功能。而抽象危险犯的构成要件并没有对法益侵害或者具体危险作出任何规定。那么,立法者用刑罚这种最严厉的国家制裁手段对单纯的行为方式进行规制的根据为何?这就是德国刑法信条学中的“抽象危险犯正当性问题”。

本书共分为五个部分,来阐释并解决这一问题。

第一章介绍了抽象危险犯的定义以及法兰克福学派从整体上否定抽象危险犯正当性的观点。抽象危险犯是与侵害犯、具体危险犯、结果犯、行为犯并列的犯罪类型,明晰它们之间的划分标准和关系是定义抽象危险犯的最好方式。法兰克福学派从整体上否定了抽象危险犯的正当性。他们将体现法治国理念

的刑法称为“古典刑法”，并且将“古典刑法”具体化在“核心刑法”或者“绝对犯罪”之中。法兰克福学派认为以抽象危险犯为代表的“现代刑法”已经背离了“古典刑法”的理念，因此应该否定其作为刑法规范的正当性。但是法兰克福学派对“古典刑法”进行了教条化的理解，他们指摘的“现代刑法”的缺陷也在不同程度上存在于“核心刑法”之中，而且所提出的替代措施也无法有效地取代“现代刑法”。

第二章主要介绍了学者从不同的角度出发，论证抽象危险犯正当性的学说。论证抽象危险犯正当性的学说主要有：（1）一般危险理论和抽象危险理论；（2）类比未遂犯的处罚依据；（3）转用过失犯罪的归责标准；（4）法益概念的精神化理解和扩张规范的保护目的。这些学说在论证抽象危险犯正当性方面给出了有益的启示，但也存在诸多难以消除的理论瑕疵。

第三章是对前两章否定论和肯定论观点的类型化处理，并在此基础上提出了判断某一具体的抽象危险犯规定是否具有正当性的步骤和标准。“古典刑法”的理念应该得到贯彻，但却没有必要像法兰克福学派那样，将它凝固在具体的刑法规范和特定的犯罪类型之中。只要抽象危险犯规定符合了作为一种理念的“古典刑法”，它的正当性就应该得到肯定。详言之，判断某一具体的抽象危险犯规定是否具有正当性的标准和步骤是：（1）保护对象是否具有适格性。只有当抽象危险犯所保护的是一个适格法益的时候，它才有可能具备正当性。不保护适格法益的刑法规定必然是不具有实质合法性的，而抽象危险犯中的刑罚前置化更加彰显了这种立法正当性的缺失；（2）被抽象危险犯所禁止的行为类型是否处于不受刑罚干预的“内部领域”。法益保护的功能性不等同于刑法规范的正当性，它只是正当性论证的必要而非充分条件。因为刑罚的前置化也意味着对公民行动自由

的压制，抽象危险犯的制定很可能侵犯了“个体的正当权利”，即介入了不受刑罚干预的“内部领域”。在所保护法益的适格性得到确认的基础上，只有当抽象危险犯所禁止的行为方式处于“内部领域”之外的时候，相应刑法规范的制定才具有正当性。第四章、第五章是这两个判断步骤的具体展开。

第四章讨论的是确定“体系批判性法益”内容的标准。并不是任何利益类型或者价值状态都能够升格为法益，从而获得刑法规范的保护。只有符合一定标准的利益或者状态类型才具备成为法益的资格。在现行德国《基本法》的架构下，违背行为人自主意志和违反多元化原则的利益类型就不是适格的法益。而保护它们的刑法规范，例如麻醉品刑法中的抽象危险犯规定，自然也失去了正当性基础。

第五章的研究重点是，在保护对象的适格性得到确认的前提下，明确一定的标准，借此来判断被特定抽象危险犯所禁止的行为方式是否处于不受刑罚干预的“内部领域”。只有针对处于“内部领域”之外的行为方式，刑法规范的制定才具有正当性。抽象危险犯是从反面定义的集合性概念，在它之下蕴含了不同的风险创设方式。因此确定划分“内部领域”和“外部领域”界限的标准必须依据具体的抽象危险犯类型。

目 录

//////////

序 言	1
摘 要	4
导 言	1
第一章 抽象危险犯的概念和法兰克福学派对其正当性的 否定	11
第一节 抽象危险犯与相关概念的关系	11
第二节 法兰克福学派对抽象危险犯正当性的否定	28
本章小结	42
第二章 论证抽象危险犯正当性的学说及评析	44
第一节 传统的观点：一般危险说和抽象危险说	44
第二节 类比不能未遂的可罚性根据	59
第三节 转用过失犯的归责标准	65
第四节 法益概念的抽象化与规范保护目的的扩张	86
本章小结	101

第三章 抽象危险犯正当性论证的进一步澄清	102
第一节 已有观点的类型化处理	102
第二节 几个问题的回答	104
第三节 抽象危险犯正当性判断的程序	109
本章小结	110
第四章 正当性判断步骤之一：保护对象的适格性	112
第一节 作为刑法功能的法益保护	112
第二节 体系固有的法益和体系批判的法益	116
第三节 确定体系批判法益内容的标准	120
第四节 麻醉品刑法（BtMStrafR）正当性的缺失	145
本章小结	150
第五章 正当性判断步骤之二：行为方式是否处于 “内部领域”	151
第一节 抽象危险犯的分类	151
第二节 具体危险性犯	152
第三节 累积犯	164
第四节 预备犯	177
第五节 抽象危险犯的正当性和限制解释	188
本章小结	191
结 论	192
参考文献	197
后记一	212
后记二	214

导 言

//////////

一、问题的提出

自 20 世纪 70 年代以来, (联邦) 德国刑法分则的改革一反前二十年的除罪化趋势, 扩大了对特定社会领域中偏差行为的规制。^{〔1〕}某些社会领域中出现的问题压力几乎“自动地”要求在刑事政策方面采取必要的行动, 而这也或多或少地在刑法改革中体现出来。例如, 在麻醉品刑法、环境刑法、经济刑法中出现的刑罚扩大化和前置化的现象。较新的例子是, 为了控制特定的科学研究, 《基因技术法》(Gentechnikgesetz)、《胎儿保护法》(Embryonenschutzgesetz) 运用刑法构成要件来规制特定的科研行为。^{〔2〕}在这些刑事立法中, 刑罚并不是等到法益侵害或者具体危险出现时才介入, 而是提前到对特定行为方式的控制。反映到犯罪类型和归咎模式上, 立法者摒弃了传统的侵害犯和具体危险犯, 更倾向于采用抽象危险犯的方式。其实早在 20 世纪 60 年代, Lackner 就预言危险犯必然会“像浮油一样”

〔1〕 Eser, FS für Maihofer, S. 130ff.; Hirsch, Gedächtnisschrift, für H. Kaufmann, S. 150ff., 160.

〔2〕 Vgl. Wohlers, Deliktstypen, S. 29.

扩散开来，而成为立法者的“宠儿”（Lieblingskind）。〔1〕如今，Lackner的预言已经变成现实，而且更集中地印证在抽象危险犯的立法上。〔2〕

在侵害犯和具体危险犯中，法益侵害或者具体危险的发生是刑罚介入的正当性根据。而抽象危险犯的构成要件并没有对法益侵害或者具体危险作出明确的规定，那么，立法者到底基于何种理由可以用刑罚这种最严厉的国家制裁手段对单纯的行为方式进行规制？这就是德国刑法信条学（Dogmatik）〔3〕中的“抽象危险犯正当性问题”（Legitimationsproblematik der abstrakten Gefährdungsdelikte）。在过去侵害犯和具体危险犯占主导地位的年代，零星的抽象危险犯规定并没有使它的正当性问题凸显出来。正因为如此，Herzog才认为在信条学研究中，抽象危险犯长久处于“弃儿”（Stiefkind）的地位。〔4〕但是随着抽象危险犯数量的增多，必然给传统的以侵害犯为主流的刑法秩序造成不小的冲击。它的立法正当性问题也就亟待解决。

二、已有研究综述

在抽象危险犯正当性这个问题上，德国刑法学界讨论已久，文献也相对集中。

1. 法兰克福学派〔5〕从整体上对抽象危险犯的正当性持否定态度。他们认为在当前的德国刑法秩序中，已经出现了“古典刑法”与“现代刑法”的分野。“古典刑法”体现了法治国

〔1〕 Vgl. Lackner, Gefährdungsdelikte, S. 1.

〔2〕 Vgl. Zieschang, Gefährdungsdelikte, S. 13, Fn. 1.

〔3〕 “Dogmatik”既可以翻译成教义学，也可以翻译成信条学。前者多为日本和我国台湾学者所采用，后者主要是王世洲教授主张的翻译方法。

〔4〕 Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit, S. 2.

〔5〕 Vgl. Schünemann, GA 1995, 203ff.

精神，刑法在保护公民个人权利自由的同时，它自身也是受到严格限制的，以防止公权力对公民自由的过分压制。“现代刑法”的重要特征之一就是刑罚的前置化，即抽象危险犯的制定。而这已经背离了“古典刑法”的理念。因此，抽象危险犯作为刑法规范的正当性应该被否定，由“现代刑法”承担的风险规制任务应该交由其他的法律形式或者控制措施来完成。

2. 全面肯定论。这主要是从抽象危险犯所具有的特殊功能的角度来论证它的正当性。例如，抽象危险犯从行为方式入手来控制危险源，是一种比侵害犯和具体危险犯更优的法益保护措施；抽象危险犯具有简化刑事诉讼证明的功能。在刑事诉讼中，抽象危险犯的证明负担比具体危险犯轻，只要能够证明行为的存在，即可达到证明要求；或者强调抽象危险犯具有“秩序维护”的功能，满足了行为标准化和法秩序形成的需求。

3. 借助侵害犯或者具体危险犯中的某些归咎原则，赋予抽象危险犯以实质的不法内容。这也是德国刑法学界的主流观点。这种观点认为，抽象危险犯仅仅是一种形式性的规定，它背后的实质不法内容才是其立法正当性的根据。关于如何确定抽象危险犯的实质不法内容，学者大都以侵害犯或者具体危险犯为思考基点，从中得出某些与抽象危险犯构成要件特征相似的归咎原则，再将它作为设置抽象危险犯的根据。例如，鉴于抽象危险犯的构成要件不要求法益侵害或者具体危险，有的学者即将它看作是“过失未遂”的独立表现形式。过失犯的归责原则“违反注意义务”就成为抽象危险犯实质的不法内容，刑罚的介入也就寻找到了合理的依据。

4. 向具体危险性犯转化。Zieschang 与 Hirsch 否定了“抽象危险犯”这一术语的正当性。他们认为传统的“抽象危险犯”和“具体危险犯”的二分法已经过时了，“危险犯”与“危险

性犯”才是合乎实际的分类方法。“危险犯”实际上就是传统分类中的“具体危险犯”。而“危险性犯”又可以进一步分为“抽象危险性犯”和“具体危险性犯”。“抽象危险性犯”就是传统分类中的“抽象危险犯”。Zieschang 和 Hirsch 主张，从应然法（de lege ferenda）的角度将“具体危险性”加入“抽象危险性犯”的构成要件之中。唯有如此，抽象危险犯才能够获得正当性。

5. 个别判断论。Wohlers 认为抽象危险犯是否具有正当性应该根据刑法规定的具体内容个别地判断。首先要区分功能性和正当性这两个概念，单纯的功能考量并不是正当性论证的充分条件。因此，以法益保护的功能来论证刑法规范正当性的传统观点，是有失偏颇的。除了考虑法益保护功能之外，还应该注意到抽象危险犯是刑罚前置化的规定，相对于侵害犯和具体危险犯，它造成了对公民自由更大的限制。因此关键就在于，考虑到“个体的正当权利”，惩罚潜在的、对法益有危险的行为是否还是正当的。也就是说，抽象危险犯的正当性一方面要在功能性观点下考虑法益的保护；另一方面，还要注意不能因为法益保护而侵害了“个体的正当权利”。而这两方面的判断都要根据抽象危险犯的具体内容才能够进行。

6. Graul 在刑法推定的视角下，探讨了论证抽象危险犯正当性的两种基本理论“一般危险理论”和“抽象危险理论”。

7. 法益概念的不同理解。这主要是认为抽象危险犯的不法内容在于侵害了不同于传统法益概念的“中间法益”、“精神化的法益”或“法益支配安全”。

三、本书的研究思路

与具体危险犯、侵害犯、结果犯、行为犯一样，抽象危险犯也是描述某类犯罪共同特征的范畴。而抽象危险犯与这些犯

罪类型之间有着千丝万缕的联系。明确抽象危险犯的含义以及相关犯罪形式之间的关系，就成为讨论“抽象危险犯正当性”问题的起点。虽然刑法分则早已有抽象危险犯的规定，抽象危险犯的概念也在文献和判例中屡屡出现，但是长久以来它却一直处于“刑法信条学弃儿”的地位。这主要是因为，在刑法分则中，侵害犯长期处于主导地位，而抽象危险犯却一直屈居于它的“阴影”之下。直到20世纪70年代以来的刑法改革，抽象危险犯在刑法典分则尤其是附属刑法中数量的激增，才打破了侵害犯“一统天下”的局面。此时，刑法信条学也不得不对这一立法者的“新宠”作出回应。首当其冲的问题便是，抽象危险犯这种不同于侵害犯和具体危险犯的犯罪类型，是否具有立法上的正当性？其中“法兰克福学派”总结了70年代以来的刑法发展，并对作为刑法规范的抽象危险犯从整体上持否定态度。除了抽象危险犯的定义，第一章还介绍了法兰克福学派的学说：学说背景、主要观点以及对这些观点的评析。

法兰克福学派之外的主流观点都是承认抽象危险犯的正当性的，但是学者们各自立论的根据却是大相径庭。在第二章中，笔者主要介绍了论证抽象危险犯正当性的各种学说以及对相关观点的评析。

无论是持否定论的法兰克福学派，还是肯定抽象危险犯正当性的大多数学者，他们之所以观点不同，立论根据各异，主要是因为对“在什么情况下，一个刑法规范具有正当性”的看法是不同的。对“正当性”理解的不同，也就决定了他们的论证思路和基本观点的差异。在第三章中，笔者对抽象危险犯正当性的观点作了类型化的处理，在此基础上提出抽象危险犯正当性判断要从两个方面入手：首先，抽象危险犯保护的對象是否具有适格性；第二，抽象危险犯所规制的行为方式是否处于

不受刑罚干预的“内部领域”。第四章、第五章就是这两方面内容的详细展开。

法益保护的功能性不等同于抽象危险犯的正当性，但却论证其实质合法性的必要条件。只有当抽象危险犯保护的是一个适格法益的时候，它才有可能具备正当性。然而并非任何的利益或价值都能够成为法益，得到刑法的保护，只有符合一定标准的利益或价值才能够升格为法益。在刑法信条学中，就是要确定“体系批判性（systemkritisch）法益”内容的标准，这是第四章所要着重介绍的内容。

在确定法益的适格性之后，我们还要进一步考虑抽象危险犯所规制的行为方式是否处于不受刑罚干预的“内部领域”。只有在特定的行为方式处于“内部领域”之外的情况下，刑罚的介入、抽象危险犯的制定才具有正当性。抽象危险犯是一个从反面定义的集合性概念，它包含了不同种类的风险创设类型。因此，应该根据不同的风险创设类型，寻找判断抽象危险行为是否处于“内部领域”的规范性标准。根据这些标准，我们才能评价某一具体的抽象危险犯规定是否正当。这是第五章所要讨论的内容。

四、研究方法及意义

（一）研究方法

本书的研究方法主要包括：资料阅读和判例研究。德国刑法学界对于抽象危险犯正当性问题已经有了较为深入的研究。阅读德文文献是获取相关知识的重要途径。另外需要指出的是，德国法院也对抽象危险犯正当性问题发表了看法。这主要体现在两个方面：其一，德国联邦宪法法院^{〔1〕}关于刑法规范正当

〔1〕 Bundesverfassungsgericht，简称“BVerfG”。