



安徽大学法学文库 6

抽象危险犯研究

李婕·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



安徽大学法学文库

抽象危险犯研究

李婕·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

抽象危险犯研究 / 李婕著. -- 北京: 法律出版社,
2017
(安徽大学法学文库 / 郭志远主编)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1123 - 8

I. ①抽… II. ①李… III. ①犯罪学—研究 IV.
①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 180512 号

抽象危险犯研究
CHOUXIANG WEIXIANFAN YANJIU

李 婕 著

策划编辑 陈 妮
责任编辑 陈 妮
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 17
字数 280 千
版本 2017 年 8 月第 1 版
印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1123 - 8

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

时光荏苒,岁月如歌。回顾安徽大学法学学科 85 年的发展历程,展现在眼前的是一轴筚路蓝缕、命运坎坷、自强不息的历史画卷。1928 年安徽大学始建之初即设有法学院,下辖法律、经济、政治等系科。抗日战争期间几经离散,1946 年建国立安徽大学,学校得以恢复。1952 年全国高校院系调整,安徽大学法律系被并入华东政法学院等院校。20 世纪 70 年代后期,随着共和国的改革开放,濒临消散的法学教育迎来了春天。1979 年,安徽大学在全国地方综合性大学中率先恢复重建法律系,当年即招收本科生。以陈盛清、周枏、陈安明、朱学山、王镛等为代表的法学家先后加盟,并于 1982 年在国内较早招收法律史、民法、行政法、国际法和经济法专业方向的硕士研究生。他们为奠基安徽大学法学教育事业呕心沥血、无私奉献,倾注了毕生精力。我们今天面临的法学教育发展环境与竞争态势已发生了很大变化,但学术前辈们高尚的人格、渊博的学识、严谨的学风永远是我们的典范,是激励一代又一代安徽大学法学院师生不断前行的动力。

秉承“明法、尚德、求实、维新”的办院理念,安徽大学法学院坚持以学科建设为龙头,以人才培养为根本,走“人才强院、科研强院、质量强院、特色强院”之路。经过 30 多年几代法学人的孜孜追求和不懈努

力,我们目前在人才培养、学科建设、师资队伍、科研与社会服务等方面呈现良好发展态势,特别是省级重点学科、省人文社科重点基地、国家特色专业建设点、教育部法律专业学位研究生培养教育综合改革试点、教育部卓越法律人才教育培养基地、法学一级学科博士学位授予权等诸多建设平台,为我们提供了发展机遇。30多年来,我们汇聚了一支爱岗敬业、团结进取、富有创新意识的学术梯队,形成了一批有一定学术价值和社会影响的标志性成果,为国家和区域法治建设培养了一大批优秀法律人才,为我国法学教育事业的振兴与发展做出了应有贡献。

科学研究是现代大学的重要功能之一,是促进高校内涵发展的应有之义,更是提高人才培养质量的重要支撑。为进一步提升科研与学科建设水平,鼓励教师学术创新、多出高质量的科研成果,我们特设立“安徽大学法学文库”,专门资助具有重大理论价值与实践意义的较高水平学术著作的出版,使其成为集中展示安徽大学法学院教师具有前沿性、创新性、建设性研究成果的学术窗口。我们期待,通过每一位作者的辛勤耕耘,“安徽大学法学文库”能够成为一套有质量、有水准的学术精品;我们深信,文库的出版将对我们建设高水平法学院目标的实现和我国法学研究的繁荣与发展大有裨益。因为,我们承载着安徽大学法学人曾经的光荣与梦想,追求卓越是我们不变的信念。我们有责任使安徽大学法学院的事业薪火传承,基业长青。

“初生之物,其形必陋。”《安徽大学法学文库》刚刚起步,难免有些单薄和稚嫩,恳请得到各位读者的理解、支持和帮助。特别感谢法律出版社对我们这项“学术工程”的悉心指导与大力扶持。

《安徽大学法学文库》编委会

2013年10月18日

序 言

李婕博士的博士学位论文《抽象危险犯研究》经修改扩充后即将付梓,邀我作序。作为她硕士阶段和博士中后期阶段的导师,我参与和见证了她学术道路上的成长和进步,因而也自觉有责任和义务为她的首部学术专著做评述与推荐,故欣然应允。

选择抽象危险犯作为博士学位论文研究主题本身就充满着危险。这既因为抽象危险犯问题所蕴含的难度极易使研究者陷入其中而“不识庐山真面目”,也由于多年来名家大师们累积的真知灼见会导致后学者的智慧光芒“养在深闺人未识”。但唯其艰难,才更显魅力。现有成果的丰富虽然增添了创新的难度,但又何尝不是在提升研究起点的水准。更何况,时代总在变迁,旧问需要新解,新题更待作答。若只是望洋兴叹,又怎会有新思想的熠熠光辉。不虚妄、不菲薄,站在前人肩膀上寻找更广阔的天地,这种挑战难题的勇气对学界新人而言或许是更值得鼓励的品格。正因如此,我完全支持李婕博士的选择。她也通过自己的潜心钻研,深入思考,完成了具有自己风格和特色的博士学位论文并顺利通过了答辩。毕业后,李婕博士在安徽大学法学院任教,在繁忙的工作之余,根据答辩委员会提出的合理建议,参酌最新的学术资料,对博士学位论文作了认真、细致的修改补充,最终形成了本书。

本书在充分吸收国内外刑法学界相关研究成果和答辩委员会提出的合理建议的基础上,通过比较研

究和历史研究方法,不仅对抽象危险犯理论进行了微观、深入研究,而且,对抽象危险犯理论背后的刑法基础理论问题也进行了宏观研究。多种研究方法与多层次研究相结合,对抽象危险犯展开系统研究是本书的一大亮点。本书首先就抽象危险犯比较考察了德国、日本以及我国的立法与理论研究现状,为全面、系统地探讨抽象危险犯理论构筑了宽阔的理论平台。在此基础上,李婕博士运用语义分析方法详细区分了抽象危险犯与具体危险犯,率先提出抽象危险犯具有“保护法益的集合性”“行为对象的中介性、潜在危险性”“主观上对抽象危险认识的模糊性”等构成特征。在探讨抽象危险犯正当化的根据时,李婕博士并不囿于传统理论看法,而是借鉴“侧防法益”理论详细论证了抽象危险犯法益的正当化依据及界限,同时,根据积极的一般预防理论阐述了风险社会下抽象危险犯扩张的必要性和实践价值。在抽象危险认定问题上,李婕博士详细评述了形式说、实质说等不同观点,提出“当危害行为作用于社会中普遍存在的危险源时,在客观环境、行为手段等因素的综合作用下,危险逐渐升高并在构成要件的范围内实现”,即为抽象危险犯的法益危殆化。抽象危险犯的行为无价值在于“行为已经毫无顾忌地将行为客体带入危险状态”,应根据一般人的认识,通过回溯行为时的客观事实为基础判断风险是否升高到法不容许的程度。对于抽象危险犯导致处罚范围扩张的问题,李婕博士从被告人反证危险不存在和构成要件实质解释方面构建抽象危险犯的出罪路径。在运用抽象危险犯理论分析我国刑法的具体罪名时,李婕博士既不胶柱鼓瑟,也未食洋不化,而是立足于中国国情、解决中国问题,这是尤其值得赞赏的。本书紧紧围绕抽象危险犯的核心问题和争论焦点展开比较研究和深入分析,资料丰富,旁征博引,是一部颇有价值的学术著作。

当然,由于抽象危险犯问题的复杂性,本书所论难免有不足之处。例如,某些观点的论证还有待充实、部分罪名应否视为抽象危险犯仍有疑问。好在李婕博士在高校工作,并决心在学术道路上继续走下去,对这些问题日后可做进一步思考与完善。希望李婕博士再接再厉,在今后的学术研究中有更多建树。在本书行将出版之际,特缀数语,是为序。

陈家林*

2017年8月于武汉大学

* 武汉大学法学院教授、博士研究生导师,法学博士。

导 论	1
第一章 抽象危险犯的概念和理论基础	5
第一节 抽象危险犯的定义	5
一、抽象危险犯的历史沿革	5
二、抽象危险犯的概念和属性	8
三、抽象危险犯与具体危险犯的区别	15
第二节 德、日刑法中的抽象危险犯	21
一、德国《刑法》中抽象危险犯的罪名和类型	22
二、日本《刑法》中抽象危险犯的条文及判例	30
第三节 我国刑法中的抽象危险犯	36
一、抽象危险犯的特点	36
二、抽象危险犯与行为犯的区分	37
三、抽象危险犯与未遂犯的区分	41
四、我国刑法中抽象危险犯的条文分析	46
第二章 风险社会下抽象危险犯的新发展	56
第一节 风险社会与风险刑法	56

一、风险社会的提出	56
二、刑法的机能化趋势	58
三、风险刑法的提出及发展趋势	61
第二节 风险刑法对抽象危险犯的影响	64
一、风险与危险之辨析	65
二、刑法应对风险之举措	67
三、中国国情下的风险社会及抽象危险犯发展	71
第三章 抽象危险犯的正当化根据	76
第一节 抽象危险犯扩张之争议	76
一、抽象危险犯肯定说	77
二、抽象危险犯质疑说	79
三、限制抽象危险犯的学说	80
四、小结——抽象危险犯的边界限制	82
第二节 法益保护原则之贯彻	89
一、风险社会下法益的扩张	89
二、法益理论的危机	96
三、抽象危险犯法益之正当化	97
第三节 积极的一般预防之实现	104
一、积极的一般预防之内涵	105
二、积极的一般预防在刑法中的体现	106
三、积极的一般预防在抽象危险犯中之实现	108
第四章 抽象危险犯的认定	114
第一节 抽象危险之认定	114
一、抽象危险之理解	114
二、抽象危险的判断标准	117
三、抽象危险的限定解释	126
第二节 抽象危险犯中危险的判断方法	131
一、抽象危险犯中的行为无价值	131
二、抽象危险的判断	137
三、风险升高之判断	141

第三节 抽象危险犯主观方面的认定	148
一、我国刑法中犯罪主观方面的内容	148
二、抽象危险犯故意的构造	152
三、抽象危险犯中违法性认识之判断	155
第五章 抽象危险犯的出罪探索	159
第一节 推定在抽象危险犯中的适用	159
一、抽象危险犯司法认定中的问题	160
二、推定在刑法中的体现与价值	161
三、推定在抽象危险犯中的适用	166
第二节 抽象危险犯的出罪路径	172
一、关于抽象危险犯出罪的观点	172
二、证明责任与犯罪构成的关系	177
三、被告人反证危险不存在之可行性与可操作性	182
四、通过构成要件实质解释而出罪	186
第六章 抽象危险犯若干罪名分析	189
第一节 放火罪中的抽象危险研究	189
一、问题的提出	189
二、我国《刑法》第 114 条之解读	191
三、德日刑法中的放火罪考察	195
四、我国放火罪中犯罪客观方面之认定	200
五、我国《刑法》第 114 条放火罪的完善建议	204
第二节 醉酒驾驶中的抽象危险研究	205
一、问题的提出	205
二、醉酒型危险驾驶罪的法益	205
三、醉酒驾驶中抽象危险升高之认定	208
四、醉酒驾驶中行为人主观责任认定	210
五、醉酒驾驶的出罪路径	213
六、危险驾驶的立法完善	217
第三节 非法持有毒品罪中的抽象危险研究	218
一、问题的提出	218

二、非法持有毒品罪的犯罪构成解读	220
三、非法持有毒品罪的司法认定	223
四、“推定”在非法持有毒品罪中的运用	227
五、非法持有毒品罪之完善	229
第四节 生产、销售有毒、有害食品罪中的抽象危险研究	231
一、问题的提出	232
二、生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪构成解读	234
三、生产、销售有毒、有害食品罪的司法认定	237
四、生产、销售有毒、有害食品罪之完善	241
参考文献	245
后 记	259

导 论

抽象危险犯在我国《刑法》中不断扩张,《刑法修正案(八)》增设了危险驾驶罪,将生产、销售有毒、有害食品罪修改为抽象危险犯后,抽象危险犯成为刑法理论界和实务界讨论的焦点。主张风险社会下增设抽象危险犯的观点不断提出,^①似乎抽象危险犯的增设是我国《刑法》修改与时俱进“入罪化”的表现。但是,也有不少学者谨慎地提出,中国社会与贝克所言的“风险社会”并非完全相同,以德、日刑法身处的“风险社会”的背景来检讨中国刑法中的抽象危险犯,可能有张冠李戴之嫌。例如,张明楷教授在《“风险社会”若干刑法理论问题反思》中认为,风险社会是文化或治理的产物,不应将风险社会当作刑法必须做出反应的社会真实背景,刑法也不应盲目增加抽象危险犯。^②理论需要证明,但理论更需要反思。如何清楚认识中国刑法所处的社会背景?如何正确看待抽象

① 参见谢杰、王廷祥:《抽象危险犯的反思性审视与优化展望——基于风险社会的刑法保护》,载《政治与法律》2011年第1期;张红艳:《欧陆刑法中的抽象危险犯及其启示》,载《河北法学》2009年第9期;苏彩霞:《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》,载《法商研究》2011年第4期;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》,载《中州学刊》2009年第5期。

② 参见张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,载《法商研究》2011年第5期。

危险犯扩张的现象?这是当前刑法研究不容回避的问题。

笔者选择研究抽象危险犯研究具有以下两个方面的意义:其一,在理论层面,可以阐明抽象危险犯的理论依据与机能价值;其二,在实务层面上,能够提出风险社会下对抽象危险犯归责的可行方法。抽象危险犯是德日刑法理论的舶来品,对这一概念的借鉴、运用和发展,必须建立在对它的历史沿革、理论根源、发展脉络以及存在的争议等问题进行全面了解和清晰把握的基础上。目前,我国刑法界已经出现了一些对抽象危险犯进行介绍和整理的开拓性研究成果,例如,陈兴良《风险刑法理论的法教义学批判》、刘明祥《“风险刑法”的风险及其控制》、高巍《抽象危险犯的概念及其正当性基础》、苏彩霞《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》、刘涛《法益、责任、危险:抽象危险犯争议问题探究》等。专著类的有鲜铁可《新刑法中的危险犯》、舒洪水《危险犯研究》、王志祥《危险犯研究》和郝艳兵《风险刑法——以危险犯为中心的展开》。但也许是由于资料和语言方面的限制,现有的这些论著大都只是借助较为有限的二手研究文献,难以直接、准确和完整地揭示出抽象危险犯理论的全貌。因此,对抽象危险犯理论进行全面和系统的梳理与分析,澄清理论界对这一概念的种种误解,对我国比较刑法学的深化研究具有重要价值。

从实践的角度来看,探索抽象危险犯在司法上的适用对于解决当前重要的社会问题具有较大的参考价值。中国社会正处于转型期,层出不穷的违法现象和不断变化的犯罪方式亟须以合适的方式纳入刑法规制中。对于形式上符合抽象危险犯的构成要件,而实质上没有任何危险的行为,如何通过合法的方式出罪,对保障人权和贯彻刑法的谦抑性具有重要意义。笔者探索抽象危险犯在司法实践上的适用,希望能够为解决醉驾,生产、销售有毒食品等民生问题提供一种思路和方法上的参考与借鉴。

本书力图实现以下4点目标:

第一,以全面梳理相关的日文文献为前提。从20世纪90年代开始,日本《刑法》开始频繁修改,出现了刑事立法活性化现象。这一现象折射出市民社会的不安,由此产生刑事处罚早期化的倾向。^①当时,日本关于抽象危险犯的研究已经有相当基础,日本学者多次就风险社会中抽象危险犯的法益展开专题讨论,并产生了危险社会と刑法——现代社会における刑法の机能と界限、ドイツにおける法益保护主义批判とそれに対する反论等著作。这些作品详

^① 参见张明楷:《日本刑法的发展及其启示》,载《当代法学》2006年第1期。

细分析了风险社会下抽象危险犯的适用背景、处罚根据及具体罪名的解释原理,不但具有较高的学术价值,而且对刑事司法具有积极的指导作用。所以,把握抽象危险犯的全貌和本质,离不开对丰富的日文文献的消化与整理。

第二,以勾勒我国《刑法》中抽象危险犯的面貌为基础。目前,我国刑法界有很多对抽象危险犯理论的研究,却未对我国《刑法》中抽象危险犯条文、适用进行详细论证。例如,徐凯《抽象危险犯的正当性问题研究》、郝艳兵《风险刑法——以危险犯为中心的展开》介绍了德日抽象危险犯研究的先进成果,但德日抽象危险犯的分类、归责原则是否能够借鉴、融合到中国刑法理论中,仍有疑义。过度尊崇德日抽象危险犯理论导致对我国抽象危险犯的司法认定问题上存在一定的误区。例如,认为抽象危险犯的危险是拟制的危险;^①认为抽象危险犯的法益背离了传统法益的范围;^②将抽象危险犯的适用过度扩张至众多罪名;^③用“但书”直接作为抽象危险犯出罪的理由^④等。笔者认为,必须立足我国刑法条文展开中国特色的抽象危险犯理论研究,才能正确指导刑事司法实践。

第三,以探求抽象危险犯理论的独特价值为关键。有的学者认为,抽象危险犯可以被行为犯取代,所以,它没有独立存在的意义。^⑤对相同的问题采取不同的方法说明,是刑法理论中的普遍现象。但一个理论究竟是否具有无法替代的价值和意义,取决于它能否在理论上站得住脚,能否解决实践中的难题,从而实现刑法惩治犯罪、保障人权的机能。因此,本书在第三章首先论证了抽象危险犯的设立原则,避免过度扩张以侵犯人权;其次,对抽象危险犯并未背离法益保护原则、对积极的一般预防的实现等价值进行了细致论述,力图将抽象危险犯在当代社会的价值清晰地呈现。

第四,以运用抽象危险犯来解决我国现实中的实际问题为落脚点。对任何舶来概念的介绍与比较,都不能只满足于理论上的简单引进,它最终都必须

① 参见谢杰、王延祥:《抽象危险犯的反思性审视与优化展望——基于风险社会的刑法保护》,载《政治与法律》2011年第1期。

② 参见王永茜:《论集体法益的刑法保护》,载《环球法律评论》2013年第4期。

③ 参见邢飞龙、王思睿、洪文光:《抽象危险犯的边界——对抽象危险犯处罚范围之形式说的提倡》,载《吉林公安高等专科学校学报》2012年第2期。

④ 参见何荣功、罗继洲:《也论抽象危险犯的构造与刑法“但书”之关系》,载《法学评论》2013年第5期。

⑤ 参见林宗翰:《风险与功能——论风险刑法的理论基础》,台湾大学法律学研究所2006年硕士学位论文,第97页。

以解决中国本土的现实问题为归宿。因此,笔者从犯罪客观方面和犯罪主观方面对抽象危险犯进行了全面考察,探索通过对构成要件的实质解释进而分析出罪的方法,以准确指导司法实践、合理划定刑罚打击的范围。

总之,笔者力图通过本书的写作为我国抽象危险犯理论的研究及其在司法实践中的运用,提供一些有益的借鉴和参考。

第一章 抽象危险犯的概念和理论基础

抽象危险犯自古有之。抽象危险犯赖以建立的理论基础何在,其发展演变的来龙去脉,我国学者并没有进行全面的整理和详细分析。本章试图对抽象危险犯的历史沿革、类型特点和我国刑法中抽象危险犯的条文进行系统的梳理和总结,以清晰地呈现抽象危险犯独特的犯罪面貌。

第一节 抽象危险犯的定义

抽象危险犯具有哪些特点,抽象危险犯与具体危险犯如何区别,是理论研究无法回避的问题。回答这些问题,必须首先对抽象危险犯的发展沿革有清晰的了解,才能清楚抽象危险犯在现代刑法中的地位与范围。

一、抽象危险犯的历史沿革

抽象危险犯最初是用来保护公共利益的立法模式。随着生产力的进步和社会经济的发展,法益利用形态和存在状态不断变化,侵害法益的行为方式也变得多种多样。刑事法律制度必须追随时代的需要,对新的犯罪行为作出反应。因此,抽象危险犯的边界被不断调整、重新设定。

(一) 传统抽象危险犯

抽象危险犯这种立法模式,最初被用于公共危险犯罪中,德日刑法中的放火罪即是典型代表。由于放火造成的破坏极大,即使放火行为未对个人生命造成危险,放火行为也被认为该当了构成要件。破坏力类似于放火罪的破坏交通工具罪等罪名也是古典刑法中抽象危险犯的典型代表。例如,1852年普鲁士《刑法》中,放火罪规定如下:

“实施以下各项行为者构成放火罪的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑;因火灾致人死亡的,处死刑。

(一)对供人居住的建筑物、船舶或者小屋,以及礼拜场所的建筑物故意放火的;(二)对供人一时停留的建筑物、船舶或者小屋,在人通常停留的期间故意放火的;(三)对轨道车辆、矿坑等其他公认一时停留的场所,在人通常停留的期间故意放火的。”^①

我国1979年《刑法》在“反革命罪”和“危害公共安全犯罪”章节中规定了大量的抽象危险犯。例如,1979年《刑法》第102条规定:“以反革命为目的,进行下列行为之一的,处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利;首要分子或者其他罪恶重大的,处五年以上有期徒刑:(一)煽动群众抗拒、破坏国家法律、法令实施的;(二)以反革命标语、传单或者其他方法宣传煽动推翻无产阶级专政的政权和社会主义制度的。”1979年《刑法》第112条规定:“非法制造、买卖、运输枪支、弹药的,或者盗窃、抢夺国家机关、军警人员、民兵的枪支、弹药的,处七年以下有期徒刑;情节严重的,处七年以上有期徒刑或无期徒刑。”

正如危害皇权的犯罪自古以来就被列入“十恶”罪名一样,危害国家安全犯罪和危害公共安全犯罪是抽象危险犯最原始的类型,是法律重点打击的对象。

(二) 现代抽象危险犯

现代社会的抽象危险犯与法益保护早期化密切相关。德国《刑法》中法益保护早期化的契机是预防暴力及恐怖犯罪的立法,主要指德国《刑法》第七章对公共秩序的犯罪。依据雅克布斯的分类,早期化的构成要件有以下几种:侵略战争的发动,对犯罪的公然煽动,犯罪团体、恐怖团体的结成,对民众的煽动,对暴力的赞美,挑拨对人种的憎恶,对犯罪的承认以及企图参与犯罪等。

^① 岡本藤:「放火罪と公共危険」、『法学』47卷2号(1983年)。