

现代刑法中的 危险问题研究

刘媛媛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013070958

D914.04
212

现代刑法中的危险问题研究

刘媛媛 著



法律出版社

D 914.04

212

图书在版编目(CIP)数据

现代刑法中的危险问题研究 / 刘媛媛著. —北京:
法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5285 - 4

I. ①现… II. ①刘… III. ①刑法—研究
IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 196944 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

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

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/7.75 字数/199 千

版本/2013 年 8 月第 1 版

印次/2013 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5285 - 4

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

刑法理论中危险问题的拓新之作

刘媛媛的博士学位论文经过修改以后即将在法律出版社出版,请我作序,作为她硕士生和博士生阶段的导师,我欣然应允。

早在2003年时,刘媛媛即以优异成绩从西北政法学院(现西北政法大学)考取中国人民大学刑法学硕士研究生,在我指导下攻读硕士学位,毕业之后进入高校从事刑法学的教学和科研工作。在我所带领的学术团队创建国内第一家刑事法学研究实体机构——北京师范大学刑事法律科学研究院之后,她又表达了跟随我攻读博士学位的愿望,虽然中间经历了失败,但她毫不气馁,2009年终于实现了这一愿望。入学之初,我即叮嘱她思考博士学位论文选题。一年以后,她提出了刑法危险问题研究的选题,我对该选题的学术价值予以充分认可。之后,她在我的指导下撰写完成了博士学位论文,并顺利通过论文答辩。答辩之后,她并没有急于出版,而是经过了一年左右的认真修改,在论文观点、结构安排、理论论证等方面,均有不少改进,篇幅亦增加了数万字。现在得以付梓出版,我十分高兴。

该书以刑法中的危险问题作为选题,是对刑法中的危险犯研究的突破。我国刑法中有关危险理论的既有成果主要集中于危险犯这一类型化的犯罪形态,研究内容也主要拘泥于概念、构成、形态等罪名式的研究,而对危险问题本身则尚欠缺系统的梳理和研究。该书以此作为选题,无疑是一种具有创新性的研究,其中关于危险的内核

界定、分类标准、判断方法等,具有重要的理论研究价值;而合理运用危险理论,科学解释已然犯罪、合理设定应然犯罪,从而完成具体犯罪的立法设想和与相关法条的衔接,又体现了重要的法治应用价值。

在研究内容上,该书以刑法中的危险问题作为独立的研究对象,明确了危险应当成为危险犯的研究前提;并以危险为主线,分析其具体类别、判断规则、规范表达、具体规制等内容,为危险理论的初步形成奠定了必要基础。该书借鉴风险社会的理论研究成果,分析其对传统刑法理论的影响,并以此为基础阐述风险社会理论对危险相关范畴的冲击,形成刑法应当实现必要的提前介入的观点,并就刑法介入早期化倾向与刑法谦抑性之关系进行了较为深入的论证。

值得一提的是,该书以刑法理论中的危险为线索,将交通危险、食品危险、环境危险、金融危险等与危险有关的司法实务问题贯穿起来,精心选取了有典型价值和重大影响的个罪或个案为研究视角。这些罪名和案件在性质上均关涉重大民生问题,在最新的刑事立法中也都有所涉及。在具体罪名中分析危险理论的运用,使本书保持了充分的实践张力和后续研究价值。

危险理论的研究是个充满挑战与危险的过程,我欣赏作者挑战危险的勇气,也因此想对她提出更高的要求。本书对危险的判断规则在具体危险类型或个案中的运用缺乏系统梳理,对危险具体分类中的个别问题也可继续深入,这些都有待今后进一步完善。此外,我还希望刘媛媛博士就实践中出现的新的“危险”问题保持敏锐的观察与深入的思考,如在涉及基因危险、信息危险等行为的犯罪化方面,继续展开深入研究,取得更大成就。

是为序。

赵秉志*

2013年5月于北京北师大刑科院

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师,中国刑法学研究会会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

前 言

大陆法系较早期地开展了关于危险问题的研究,危险犯主要是被作为与实害犯相对应的犯罪形态来研究。我国刑法学界自 20 世纪 80 年代末开始关注危险问题及相关理论,尤以危险犯作为主要研究视角,逐步形成了包括专业论文、学位论文和著作在内的相对丰富的理论成果。整体来看,我国对于危险理论的研究正不断向纵深发展,但是,既有研究成果主要集中于危险犯这一类型化的犯罪形态,在研究思路主要拘泥于传统的概念、构成、形态等,因此,有必要将刑法中的危险问题作为独立的对象展开系统地研究。

自 1986 年德国社会学家贝克发表《风险社会》一书以来,现代社会被理解为风险社会,各类潜在的危险无处不在,难以感知、预料和控制,这对于传统社会及其背景下的刑法理论都有一定的影响。在此社会背景下,危险伴随着人类的高度科技化、工业化一并被生产出来,刑法作为其他部门法的保护法和法秩序共同体的最后一道保护防线,应当对风险社会的理论背景作出回应。基于此,现代刑法中的危险问题研究具有重要的理论意义:其一,风险社会的理论借鉴有助于重新审视传统刑法的基本理念与价值定位。传统刑法领域以“实害”为中心的法益保护思想,已经无法面对目前社会发展态势的需求。在风险社会的背景下安全正在成为刑法的基本价值定位。传统刑法之法益保护与自由保障机能如何在风险社会的背景下实现新的平衡,是刑法理论亟须研究的重大问题。其二,刑法中危险问题的

研究有利于明确刑事处罚之提前化要求。风险社会的特点要求现代刑事立法中应当适当加强过失危险犯和抽象危险犯的立法,在坚持刑法以处罚故意犯和实害犯为原则的前提下,提升过失危险犯和抽象危险犯的理论地位。将刑法中的危险问题置于风险社会的背景下,有利于对“危险”内涵之提炼、外延之界定,从而进一步明确刑事处罚之提前化应当遵循何种条件。其三,刑法中危险问题的深入研究有利于明确刑事干涉之普遍化要求。将对现代刑法干涉范围应否扩大问题进行研究,提出在与人类生存发展有重要关系的领域如食品安全、现代交通等,将具有严重威胁的危险行为犯罪化。与之相关的诸如刑法中“危险”的内核界定、分类标准、判断方法等,均有极为重要的理论研究价值。

刑法中的危险问题作为一种极为抽象的理论,具有丰富的实践价值。在刑法的视域内,其价值主要体现在,哪些行为可以依据危险理论被认定为犯罪,在何种程度和范围内应被认定为犯罪。从近年来国内外的立法趋势来看,创设危险犯已经成为立法者的常态,尤其在食品卫生、环境污染、交通安全、大规模事故等问题的对策方面,这种趋势尤为明显。因此,从危险的运用角度,分析具体犯罪中“危险”的体现和判断,并以此为基础,科学解释已然犯罪、合理设定应然犯罪,从而完成具体犯罪的立法设想和与相关法条的衔接,体现了重要的实际应用价值。

本书以刑法中的危险为切入点,主要研究危险的概念界定与理论转型、危险的分类与判断、危险的规范表达、危险的具体规制等问题,从逻辑上看,可以分为刑法中危险问题的理论根基与实践拓展两大部分。理论根基的研究着重从内涵入手,强调研究的深入程度;实践拓展的研究则着眼于外延的拓展,力求在理论研究中增加实践色彩,其他具体的危险及其刑法规制也可逐步纳入本书的研究体系中。

目 录

序 言	(1)
前 言	(1)
 第一章 刑法中危险的概念界定与理论转型	(1)
第一节 刑法中危险的概念界定	(1)
第二节 刑法中危险的理论转型:从传统刑法到风险社会 中的刑法	(9)
 第二章 刑法中危险的分类	(22)
第一节 抽象的危险与具体的危险	(22)
第二节 行为人的危险与行为的危险	(26)
第三节 刑法中危险的其他分类	(29)
 第三章 刑法中危险的判断	(34)
第一节 刑法中危险的判断立场	(34)
第二节 刑法中危险判断的时点确定与资料选择	(41)
第三节 刑法中危险的判断标准	(44)
 第四章 刑法中危险的规范表达:危险犯	(49)
第一节 刑法危险的规范表达模式	(49)

第二节 我国刑法危险犯扩张的评价	(58)
第五章 交通危险的刑法规制	(80)
第一节 交通危险的界定与特点	(80)
第二节 危险驾驶刑法规制的方法	(84)
第三节 我国刑法中危险驾驶罪的理解与适用	(88)
第四节 交通危险个案研究——孙伟铭案	(93)
第六章 食品危险的刑法规制	(122)
第一节 食品危险的界定与特点	(122)
第二节 我国食品危险刑法规制的缺陷	(126)
第三节 我国食品危险刑法规制的完善	(132)
第四节 食品危险个案研究——三鹿奶粉案	(140)
第七章 环境危险的刑法规制	(152)
第一节 环境危险的界定与特点	(152)
第二节 我国环境危险刑法规制的现状与缺陷	(156)
第三节 我国环境危险刑法规制的完善	(162)
第四节 环境危险个罪研究：非法采矿罪	(165)
第八章 金融危险的刑法规制	(178)
第一节 金融危险的界定与特点	(178)
第二节 我国金融危险刑法规制的立法进程与特点	(180)
第三节 金融危险个案研究——孙大午案	(184)
主要参考文献	(220)
后 记	(236)

第一章 刑法中危险的概念 界定与理论转型

传统刑法中,危险问题本已颇为复杂,在风险社会的背景下,危险的含义又被进一步延展,刑法中的“危险”如何应对这一变化,是研究整个危险理论需要首先确立的根基。本章先阐述刑法中“危险”概念的一般理论,并结合风险社会的理论背景对危险的最新影响论述其新的变化,分析刑法中的“危险”与危险状态、行为、结果等相关概念的关联与界分,从而进一步对危险的本质含义与基本属性进行界定。

第一节 刑法中危险的概念界定

一、界定刑法中危险的理论视角

(一) 观点介绍

对于刑法中“危险”的含义,当代各国刑事立法均没有明确的界定。但是依照现代刑事法治的基本理念与价值判断,危险与实害作为相对应而存在的概念,在各国刑法理论中已被普遍接受。在传统刑法中,刑法的目的是保护法益,行为对法益造成了实质性的侵害成为刑法介入的必要条件。如果没有发生实质损害,那么刑法所保护的法益就没有受到侵害,因而刑法的介入就不存在必要性。随着社会的变迁与发展,法益的内涵也在不断演化,除了包含实害之外,还

意味着危险。相对应的,刑法的介入时间也在发生变化,其对危险的规制即是在实害结果发生之前就对法益进行保护。需要研究的是,这种情况下的刑法介入应当存在合理的契机。因为危险的存在与否不仅是判断罪与非罪行为的界限,成为划定犯罪圈的最外层标准,危险的判断也成为国家刑罚权发动的必要条件。

刑法对于某些重要的法益或社会关系采取了有别于一般法益的特别严密的保护方法,如国家政权、社会的公共安全、特定的社会经济秩序等。这些特定的法益一方面具有重大性,一旦受损将会给国家或社会造成不可估量的损失,可能造成严重的社会不稳定,严重危及国计民生,造成及其恶劣的社会影响,动摇社会和谐稳定的根基;另一方面其针对的对象具有不特定性或多数性,或至少存在向不特定或多数发展的可能性。对于上述这些特殊的法益来说,只要行为使其处于一种将要遭受实质损害的状态之下,在实害结果尚未发生之时,即可认定行为对法益造成了危害,已经足以证明这种可能性本身就已经具有严重的社会危害性。刑法理论由此将这种有别于实际损害的可能性或可能状态称之为“危险”。

日常生活中的危险常与灾难、损失或失败相关,在危险与犯罪相结合的场合下,即成为刑法中的危险问题。因此在刑法中,危险是一个相对抽象的概念,意味着一种状态,是相对于已经发生的实际损害而独立存在的。关于危险的概念,在迄今为止的外国刑法理论中,从不同的研究视角和研究重点来看,主要有以下三种不同理论学说:

第一种是行为人危险说,这种学说认为危险的研究应当以行为人的危险性格为研究视角,重点研究行为人的危险性和反社会性;认为行为人的危险性可以从两个方面界定,即从未实施过犯罪者的犯罪可能性和已经实施过犯罪者的再次犯罪可能性,^[1]也可以归纳为初犯可能性与再犯可能性。这种研究视角主要由倾向于主观主义刑

[1] [日]野村稔:“刑法中的危险概念”,李海东译,载[日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,中国法律出版社、日本成文堂1997年版,第270页。

法理论的学者所主张,从处罚的根据来看,行为人所反映出的危险性成为主要的考虑因素。

第二种是行为危险说,强调行为本身对法益造成了实害危险,把这种危险状态作为处罚根据,危险犯的成立即以危险的发生为条件,实害结果的发生与否,不会有实质影响。可以看出,这种研究视角更多从行为无价值论出发,通常与结果无价值论的观点相左,对危险的结果属性持明确的否定态度。刑事法律规范的目的并不在于扬善,而在于惩恶,即不在于借此教育培养公民的善良品德和保护社会的伦理道德,而在于尊重个人人格,对其行为造成的危害给予惩戒,以保护法益不受侵害。

第三种是结果危险性说,即危险应当是结果所包含的危险,危险的根本特征应当是行为实施后所引发的、已经脱离行为本身而独立存在的结果。这也是大陆法系刑法理论的主流观点,从实质意义上说,结果是对法益的侵害与法益侵害的危险,也可以说是法益的侵害与威胁。^[1] 这种研究视角无疑将危险与实害作为结果的并列下属概念来理解,认为危险本身也是一种结果。^[2] 按照这种观点,行为对法益仅造成了危险状态,但这种危险状态已经独立于行为本身,已经表现为犯罪构成中的结果的一种。

(二) 观点评析

第一种学说将行为人的危险性格作为处罚根据,虽然这种危险性格应当在行为违法性的主观违法要素中进行考虑,同时也有学者认为行为人的危险性是行为的危险性的一部分,或行为人的危险是行为危险的源泉,^[3]但终因其主观主义的刑法理论背景而被多数学者逐渐舍弃。

[1] 李海东:《日本刑事法学者》(上),中国法律出版社、日本成文堂1995年版,第279页。

[2] 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第480页。

[3] 张德友:《不能犯——刑事上的法外空间》,吉林人民出版社2002年版,第113页。

第二种学说主张对行为的危险性予以处罚,认为危险分类中的具体危险和抽象危险都属于行为的危险而非结果的危险。具体危险与抽象危险在判断方法上是一致的,即均以行为时的客观事实为基础来认定是否已经造成了法益受侵害的危险状态,二者的区别仅在于危险所引起的实害结果发生的可能性高低不同。^[1]这种学说立足于行为本身,如果没有行为就没有危险,在此意义上相对于倾向主观主义的行为人危险说而言,具有相对的合理性。但并未在学界得到多数认同。

在第三种学说的背景下,危险被认定为一种可能性,这种可能性相对于行为人及其行为而言,是独立存在的,也是可以被感知和测量的。

本书认为,行为在客观上对法益造成侵害的危险,即侵害法益的可能性与盖然性,又可分为行为的危险与结果的危险。前者是行为本身所具有的引发实害结果发生的可能性,因而也可以称为行为的属性;后者是行为所造成的对法益的威胁状态。根据这种思路,行为的危险,作为行为的属性,不属于结果,而作为结果的危险,是行为所造成的一种可能侵害法益的状态,因而属于结果。^[2]从司法实践的角度来看,有时难以也没有必要对二者作出泾渭分明的区分。

二、刑法中危险的具体内涵

“危险”一词已在刑法中广泛运用,但在不同的语境中含义并不相同。如何表述刑法中危险的概念,刑法理论上还未形成相对统一的观点。在国外刑事立法中,涉及危险概念的,亦仅有德国旧《刑法》第31条第3款规定的公共危险的概念。根据这一规定,对个人

[1] 高铭喧:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第100页。

[2] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第153~154页。正如有学者所主张的,危险犯既遂形态中的危险是已经与行为分离的独立的状态,因而具有结果属性;行为犯既遂形态中的危险以及未完成罪中的危险仍然蕴涵于行为自身之中而尚未与行为分离开来,因而属于行为本身的属性。参见王志祥:《危险犯研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第11页。

生命或财产造成危险而侵害公共法益的,可以认定为造成公共危险。该条规定虽然针对的是故意使交通工具陷入危险状态而设定,但德国学者却将其视为危险概念的一般规定,^[1]在研究其他与危险相关的概念时也借鉴了这一含义。我国的刑事立法中也并未规定危险的概念,而是在具体罪名中涉及了危险的认定及判断,也针对特定法益规定了相应的危险犯,在危险犯的立法中规定了危险的内容。如放火罪、投放危险物质罪、破坏交通工具罪、破坏交通设施罪等。常见的立法,如破坏交通工具罪中的“足以使火车……发生倾覆、毁坏的危险”,被认为是我国刑法通说中典型的危险犯的立法例。根据通说的这一观点,危险不仅是一种客观存在的危险状态,而且是一种判断,^[2]即危害行为引发实害结果发生的一种判断上的可能性。

从前述三种不同的理论研究视角出发,众多刑法学者着眼于不同的角度研究刑法危险的具体内涵,其观点纷繁复杂,^[3]乃至于为危险下定义本身成为一项危险的作业。本书认为,在研究刑法危险概念的具体内涵时,应当注意将其保持在恰当的范围内。如在第一种定义中,将出现实际损害的可能性均称做刑法中的危险,即存在对

[1] 舒洪水:《危险犯研究》,法律出版社2009年版,第138页。

[2] 马松建、史卫忠:《刑法理论与司法认定问题研究》,中国检察出版社2001年版,第221页。

[3] 目前学者主要研究的是作为行为的危险与作为结果的危险,其定义主要有以下几种:第一种认为,危险是指出现实际损害的可能性,参见杨敦先等:《改革开放与刑法发展》,中国检察出版社1993年版,第384页。第二种认为,危险是出现实际损害的高度可能性,或“高概率性”,如我国台湾学者陈朴生给危险下的定义是,行为对客观的观察家认识可能或超过专门家之行为人之特别认识之行为事情,为事实基础,依照判断时普通人的经验认识具有发生结果的高度可能性。参见陈朴生:《刑法专题研究》,台湾三民书局1988年版,第32页。第三种认为,危险是出现实际损害的实在可能性,其认定必须满足如下条件:行为指向的具体客体是现实存在的,在行为中蕴涵着使客体受到侵害的因素,而没有受到实际侵害是由于外界因素的偶然介入等。参见鲜铁可:《新刑法中的危险犯》,中国检察出版社1998年版,第3~5页。第四种认为,危险是行为所导致的法益损害的可能状态。参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第133页。

危险概念的扩大化危险,而第二种观点将实际损害的可能性限制在“高概率性”的范围之内,适当缩小了刑法介入的范围,较之第一种观点更为科学。另外,对危险的把握应具备一定的可操作性。如第二种观点中何谓“高概率性”即模糊不清,仅从数量上推断是否存在危险,而未能从事实本质上分析危险的属性。此外还应当注意,按照前文的分析,危险与实害共同作为结果的下属概念,其内涵均与法益紧密相关,因此,界定危险的具体内涵时,是无法将其与法益相剥离的,必须紧密结合法益这一基础概念展开研究。

综上所述,刑法中的危险可以理解为危害行为对法益产生的足以发生实际损害的现实可能性。具体而言,可以从以下方面进行理解:第一,刑法中的危险是一种现实可能性,是指客观事物联系、发展中合乎规律的趋向,在一定条件下是不可避免的一种客观实在。危险作为一种可能性的事实形态,虽然并非实质的损害,但也不是虚无缥缈的,可以依据具体的事实,根据一定的经验法则通过判断推理将其状态描述出来。这种危险状态一旦出现,就是客观存在的。第二,刑法中的危险是“足以发生实际损害”的现实可能性,即在当时的情况下,发生实际损害的条件已经具备,如果不出现意外正常发展,实际损害必将出现无疑。正是在此意义上,危险才被作为与实害并列的一种结果,由刑法进行规制。第三,刑法中的危险与法益概念紧密相关,不管是实质损害还是损害的危险状态,都是针对法益概念而言的,因此这一问题也关系到尚未造成实害的犯罪的可罚性根据、未遂犯与不能犯的区分、着手的认定等一系列问题。

三、刑法中危险与相关概念

(一) 危险与危险状态

从语义学的角度来看,危险与危险状态存在微妙的差异,正如有学者指出的,危险、危险状态和危险结果是由远到近,由朦胧到清晰、

由抽象到具体的渐进过程。^{〔1〕} 在学者的相关研究中,对于危险和危险状态的关系有不同的理解。一种观点为同一说,即将危险与危险状态在同一意义上使用,^{〔2〕}按照这种界定,危险是已经达到某种严重程度的危险状态,具有造成实害结果发生的现实可能性,因此危险本身也是危害结果的一种。如有学者将其定义为“危害行为中所蕴藏的引发法定实害结果发生的现实性的威胁”。^{〔3〕} 但这一观点被有的学者批判为混淆了危险与危险状态的含义,其主张区分说,即应当将两者进行区分,独立使用,进而认为危险蕴涵于危害行为之中,是危害行为的有机组成部分,而危险状态是由危害行为所造成的一种状态,是相对独立于危害行为的,并认为这是区分危险与危险状态的关键所在。^{〔4〕} 需要指出的是,不管是同一说还是区分说,均是在承认危险是一种客观存在的基础上展开讨论的。

本书赞成同一说,认为危险与危险状态并无区分之必要。按照大陆法系刑法理论中的通说,危险可以分为具体危险和抽象危险,虽然二者的区分标准和具体内涵存在争议,^{〔5〕}但具体危险和抽象危险均可以被理解作为一种现实可能性,是得到通说认可的。在此意义上,危险作为一种向实害发展的现实可能性,本身就是一种状态,将其与危险状态进行区分,不仅困难,而且没有必要。就我国刑事立法来看,“危险”一词有两种含义:一种是危险状态,如具体危险犯中的危险,立法通常表现为“足以造成……的危险”;另一种是指一种判断,即实施危害行为本身就意味着危险的产生,立法通常表现为“实施……的”,典型的如涉枪类犯罪,抢劫枪支本身即构成犯罪,这

〔1〕 李兰英:“论危险犯的危险状态”,载《中国刑事法杂志》2003年第2期。

〔2〕 [日]山口厚:《危险犯的研究》,东京大学出版社1982年版,第101~102页。所谓“盖然性”,是指发生的可能性几近于必然性,或者就可以理解为我们所说的“必然性”。

〔3〕 李兰英:“论危险犯的危险状态”,载《中国刑事法杂志》2003年第2期。

〔4〕 臧冬斌:“过失危险犯之危险研究”,载《法商研究》2006年第3期。

〔5〕 详见本书第二章第一节。

被理解为是抽象危险。这两种情形与大陆法系刑法理论的通说基本对应。

另外,依据前文论述,危险可以同时作为行为的危险与结果的危险而存在或被理解。因此,前述学者所主张的危险是危害行为本身包含的、而危险状态是外在于危害行为的观点,^[1]并不成立。有的学者从法定刑、事后可预测性、实害结果发生的现实可能性、客观性、危险状态与危害行为的内在联系性等方面界定危险状态,^[2]亦可以看出危险本身包含成为法定危险状态的质的规定性。因此,危险与危险状态并无严格区分的必要。

(二) 危险与行为、结果

如果把行为和结果作为一对因果范畴,二者具有引起与被引起的关系,意味着危险不可能是与之相并列的第三种存在形态。^[3]危险是由行为引起的,行为本身即包含着危险的性质,而危险又可以理解为是结果的一种。从危险到实害的演变过程来看,危险主要存在三种情形:一是行为已存在,但危险的认定更多需要结合行为人的主观恶性来判断。如行为人基于杀人的故意而意图实施撬门的行为,如果仅从行为的表象分析,无法认定其撬门行为对他人的生命存在严重威胁,必须结合其主观故意才能实现认定,即这种危险的存在和判断更多依赖于人身危险性。二是行为本身包含的客观危险,即内涵于行为中客观化的危险,如放火者正在着手进行点火,破坏交通设施者正在将石块搬向铁轨,等等。类似的情形中形成了危险,这种危险并非独立于行为之外,而是直接包含于行为之中,并且,这种危险的判断不仅要依赖客观方面的评价,也考虑了行为人的主观恶性,但其比重已较第一种情形为少。三是外在于行为的危险状态。相对于前两种情况而言,这种危险是已经与行为相分离的客观危险状态,具

[1] 臧冬斌:“过失危险犯之危险研究”,载《法商研究》2006年第3期。

[2] 李兰英:“论危险犯的危险状态”,载《中国刑事法杂志》2003年第2期。

[3] 刘之雄:“刑罚根据完整化上的犯罪分类”,载《中国法学》2005年第5期。