

论刑法上的具体危险的判断

欧阳本祺

内容提要:未遂犯之危险不属于具体危险,难以用同一的方法来判断这两种不同的危险。具体危险的判断分为三个阶段:首先把行为时的所有客观事实分为促使侵害结果发生的诱因与阻碍侵害结果发生的救助因素,其次判断诱因是否已经使法益陷入危急之中,再次判断救助因素的出现是否值得信赖。我国刑法学关于具体危险的认定时间过于提前,从而引发了诸多理论混乱。不能将日本刑法中的“独立燃烧说”作为我国《刑法》第114条放火罪的既遂标准。不存在所谓的“危险状态出现后行为人自动阻止侵害结果发生”问题。

关键词:具体危险 未遂 既遂 危险犯 独立燃烧说

欧阳本祺,东南大学法学院副教授。

近年来,为了应对日益严重的社会风险,刑事立法不断增设危险犯:《刑法修正案(三)》把投毒罪扩大为投放危险物质罪,增设了作为具体危险犯的盗窃、抢夺危险物质罪;《刑法修正案(四)》把生产、销售不符合标准的医用器材罪由实害犯修改为具体危险犯;《刑法修正案(七)》把妨害动植物防疫、检疫罪由实害犯修改为具体危险犯;《刑法修正案(八)》增设了作为抽象危险犯的危险驾驶罪,把生产、销售假药罪由具体危险犯修改为抽象危险犯,把重大环境污染事故罪由实害犯修改为具体危险犯。但是,与刑事立法的态度相反,我国刑法学对危险犯理论并没有足够重视,理论研究落后于立法现实,危险犯理论的很多问题亟待解决:如何区别具体危险犯与抽象危险犯,同一犯罪的危险犯与实害犯的关系怎样,危险犯的既遂标准是什么,如何认定危险犯的停止形态,如何认定危险犯的罪过形式等等。在这些问题上,最关键的是具体危险犯之具体危险的判断方法。只要能够正确把握具体危险的判断方法,就可以纲举目张地理清危险犯的相关问题。而恰恰是在具体危险的判断方法这样一个关键问题上,我国刑法学还缺乏深入研究。本文试图探索具体危险的判断方法,并澄清我国刑法学在具体危险判断方面的一些误解。

一 前提:未遂犯之危险不属于具体危险

日本刑法学界通说认为未遂犯之危险属于具体危险。^[1]“未遂犯应当是一种以危险已

[1] 参见张明楷:《未遂犯论》,法律出版社、成文堂1997年版,第43页。

达到迫切程度为要件的‘具体的危险犯’,其构成以危险已达到迫切程度为必要条件”。〔2〕受日本刑法学的影响,我国也有学者认为未遂犯之危险属于具体危险,认为“只有把未遂犯定位为危险犯,并且是具体危险犯,才能为未遂犯提供处罚根据,也才能为未遂犯的成立要件的判断提供法理依据”。〔3〕“侵害法益的危险性是处罚未遂犯的根据。刑法的目的是保护法益,刑法处罚既遂犯也好、处罚未遂犯也好,都是为了保护法益……既遂犯是因为行为侵害了法益而受处罚;未遂犯是因为行为具有侵害法益的危险而受处罚”。〔4〕

本文认为,将未遂犯之危险视为具体危险不利于具体危险犯理论的发展,实际上,未遂犯之危险与具体危险有很大区别,这种区别体现在形式、实质和判断方法等方面。

(一) 未遂犯之危险与具体危险形式上的区别

首先,未遂犯与具体危险犯的规范构造不同。在日本刑法中,未遂犯虽然由刑法分则规定,但刑法分则并没有对未遂犯的危险做出任何描述;危险不是未遂犯的构成要件,不需要在司法中具体认定;危险只是刑罚正当化的根据——立法的理由,是立法推定的危险。而具体危险犯的危险则由刑法做出了明确的描述,危险是犯罪的构成要件,需要在司法中具体认定,是司法认定的危险。未遂犯与抽象危险犯具有相同的规范构造;具体危险犯与实害犯具有相同的规范构造。〔5〕在我国刑法学界,通说认为未遂犯是由刑法总则与刑法分则共同规定的,属于修正的犯罪构成;具体危险犯是由刑法分则规定的,属于基本的犯罪构成。

其次,两者的表现形式不同。具体危险“是一种物理上客观的危险”,〔6〕表现为对行为客体的实害可能性。但是,未遂犯的危险“不一定是物理的、科学的危险,而是以行为的具体情况为基础,从一般人的角度出发来判断的类型上的危险……危险并不意味着科学的、物理的危险自身,而是一般人所具有的恐惧感,是社会心理的危险”。〔7〕未遂犯中的危险是由行为本身表现出来的,是行为的属性,是一种抽象的法益侵害可能性;危险犯中的危险是由行为造成的外在事实,具备结果的性质,是一种现实的法益侵害可能性。〔8〕

(二) 未遂犯之危险与具体危险实质上的区别

将未遂犯之危险视为具体危险的理由是:刑法目的在于保护法益,未遂犯处罚的根据在于行为对法益所造成的具体危险。仔细分析,这种理由值得商榷。

首先,法益保护原则是刑法的基本原则,是所有犯罪形态的正当化根据,但不能据此要求所有犯罪形态都具有相同的法益侵犯程度。“危险概念对于所有未发生法益实害的行为,包括具体与抽象危险犯、预备、未遂、中止,也就是说,除了既遂的实害犯以外,都起着刑事可罚根据的理论与实践作用”。〔9〕但是,并不能由此得出结论:具体危险犯、抽象危险犯、预备犯、未遂犯、中止犯的危险内容都相同。

其次,作为未遂犯处罚根据的危险,不一定是对法益的具体危险。“本来的‘具体危险犯’中的‘具体危险’,是对于特定犯罪构成要件预定的保护法益造成的危险;与此相对,未

〔2〕 [日]野村稔:《刑法中的危险概念》,[日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社、成文堂1997年版,第274页。

〔3〕 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第596页。

〔4〕 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第244页。

〔5〕 参见李海东:《社会危害性与危险性:中、德、日刑法学的一个比较》,陈兴良主编:《刑事法评论》(第四卷),中国政法大学出版社1999年版,第20页。

〔6〕 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第44页。

〔7〕 [日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第343页。

〔8〕 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190页。

〔9〕 李海东:《刑法原理入门》,第132页。

遂犯中所谓的‘危险’，意味着既遂犯构成要件实现的盖然性，并不一定是对法益的直接危险”。^[10] 未遂犯的处罚根据“并不是法益客体的危险，而是未遂行为对于一般人在心理上的干扰。而这种干扰，是由法律适用者所‘拟制’出来、在实证上无法确切证实的”。^[11] “未遂犯的构成不应该也不可能以客观上的危险性为要件”。^[12] 例如，行为人实施了欺诈行为，但对方并没有陷入错误，只是因产生了怜悯之心而向行为人交付财物。在这种场合，由于对方没有陷入错误，行为人的行为不具有侵害对方财产权的具体危险；但日本的判决仍认定该行为成立诈骗罪的未遂。^[13] 在这里，作为未遂犯处罚根据的危险，就不是财产侵害的具体危险。再如，甲躲在树丛里想暗杀被害人乙，不料由于技术不佳未射中乙，反而射中在一旁同样准备杀害乙的另一名刺客丙。这是打击错误与偶然防卫的竞合。甲杀死丙的行为，属于偶然防卫，根据防卫意思不要说，可不构成犯罪。但是，没有人会否认甲杀害乙的行为构成未遂犯。^[14] 在这里，未遂犯处罚的根据就不是行为所造成的具体危险，因为，从客观上来说甲开枪的行为保护了被害人乙的生命，而不是造成被害人死亡的危险。也许有人说，甲开枪所射出的子弹从乙身旁飞过，就是一种具体危险。但是把“子弹从乙身旁飞过”这一点从事实总体中切割出来单独评价，并没有任何意义。如果把这个例子改成：行为人没有杀害乙的意思，而是为了保全乙的生命才对丙开枪射击。那么，就不会再有人还把子弹从乙身旁飞过所造成的危险拿出来单独评价。这种情形的客观事实与原例中的客观事实完全相同，差别只在于行为人的主观方面。由此可见，“影响未遂责任存否的关键一定是在于行为人主观上的意向，而非所谓的客观危险”。^[15]

（三）未遂犯之危险与具体危险的判断方法不同

未遂犯之危险与具体危险在形式与实质方面的差异决定了两者的判断方法不应该相同。德国刑法学就明确区分了未遂犯之危险与具体危险两种不同的危险判断方法：对于未遂犯之危险判断方法，通说采用的是印象说；^[16] 对于具体危险的判断方法，通说采用的是偶然性说。^[17] 然而，日本刑法学的危险理论却较为混乱，主要表现为：第一，不区分未遂犯之危险与具体危险，认为未遂犯之危险与具体危险具有同质性。第二，不单独研究具体危险的判断方法，认为具体危险的判断方法与未遂犯之危险的判断方法相同。第三，在研究未遂犯与不能犯的区别标准时探讨未遂犯之危险（=具体危险）的判断方法。第四，关于未遂犯之危险（=具体危险）的判断方法，主要存在具体的危险说^[18]与客观的危险说之争：具体的危

[10] [日]西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第108页。

[11] 蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，元照出版有限公司2008年版，第72页。

[12] 黄荣坚：《刑法问题与利益衡量》，元照出版有限公司2003年版，第122页。

[13] 参见张明楷：《未遂犯论》，第156页。

[14] 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第336页。

[15] 蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，第73页。

[16] 参见陈璇：《客观的未遂犯处罚根据论之提倡》，《法学研究》2011年第2期。

[17] 参见[德]罗克辛：《德国刑法总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第276页。

[18] “具体的危险说”是一个容易引起误解与混乱的概念。该理论源于李斯特，在德国被称为“新客观说”，二战后逐渐成为日本通说，为了区别于日本二战以前的“抽象危险说（主观的）”，而被称为“具体的危险说（客观的）”。由于日本后来又产生一种更加客观化的学说——“客观的危险说”，于是“具体的危险说”区别并对应于“客观的危险说”（参见[日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第228-229页）。又由于这种观点以一般人的感觉与印象为处罚根据，有的日本学者称之为“印象说”（[日]西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第251页）。需要特别注意的是，具体的危险说之“具体的危险”与具体危险犯之“具体危险”意义迥然不同：具体的危险说是不能犯的学说之一，具体危险犯是一种犯罪类型；具体的危险说是日本刑法学判断具体危险的一种方法，除此之外，判断具体危险的方法还包括客观的危险说等不同观点。

险说,以行为当时一般人所能认识的事实以及行为人特别认识到的事实为基础,站在行为时,以一般人的认识为标准来判断有无危险,具体的危险说是日本的通说;客观的危险说,以行为时存在的所有事实(包括事后查明的事实)为基础,站在行为时,以科学的因果法则为标准来判断有无危险,客观的危险说近年来影响不断增加,但其内部又有不同见解。^[19] 受日本刑法学的影响,我国也有学者把未遂犯的危险判断方法适用于具体危险的判断。^[20]

然而,由于未遂犯的危险不同于具体危险,试图用同一的方法来解决两种不同的危险判断,注定难以成功。实际上,“客观的危险说中的危险是指结果发生的物理意义上的可能性,而具体的危险说中的危险则是结果发生的规范或者价值意义上的可能性”。^[21] “把两种不同的危险概念混在了一起,尤其是把未遂犯等纳入了具体的危险犯”,“是目前日本危险理论中无数争议的症结所在”。^[22] 这种作法,既不利于未遂犯理论的深化,也不利于具体危险犯理论的发展。区分这两种不同的危险概念,有利于进一步探讨不同危险的判断方法。对于未遂犯的危险判断方法,我国学者已经有了深入研究,^[23] 但是对于具体危险的判断方法,我国刑法学的研究暂付阙如。

二 探索:具体危险的判断方法

(一)德国刑法理论与实践的做法:偶然性说

当下德国刑法理论与实践,具体危险的判断方法不同于未遂犯:具体危险的判断主要采取偶然性说,未遂犯判断的通说则是印象说。偶然性说的内涵有一发展过程。

1. 偶然性说的形成

关于具体危险的判断,德国判例曾经采取过不同的方法。帝国法院以及早期联邦最高法院采用“优势可能性”方法:当侵害结果发生的可能性比不发生的可能性更高时,就肯定具体危险的存在;反之,则否定具体危险的存在。^[24] 但是这种方法不具有可操作性,因为很难给阻碍侵害发生的因素与促使侵害发生的因素订出准确的客观值。所以,后来联邦最高法院否定了上述做法,采取了“接近性”方法:具体危险不是那种遥远的危险,而是一种容易发生的相当接近的危险。^[25] 但是,接近性标准只是否定遥远的危险不是具体危险,并没有提出可行的具体危险的判断方法。1996年联邦最高法院采取了“偶然性”方法:具体危险是行为导致的一种危急状态,这种危急状态“如此强烈地损害了一个确定个人的安全,以至于这种法益是否受到损害或者是否没有受到损害都还只能取决于偶然事件”。^[26] 此后,偶然

[19] 参见:[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,第225页以下;[日]西田典之:《日本刑法总论》,第250页以下;[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第275页以下。

[20] 参见张明楷:《危险犯初探》,马俊驹主编:《清华法律评论》(第1辑),清华大学出版社1998年版,第141页;张明楷:《刑法学》(第四版),第334-335页。

[21] 陈兴良:《教义刑法学》,第620页。

[22] 李海东:《社会危害性与危险性:中、德、日刑法学的一个比较》,第53、17页。

[23] 参见赵秉志:《犯罪未遂形态研究》,中国人民大学出版社2008年版,第193页以下;郑军男:《不能未遂犯研究》,中国检察出版社2005年版,第288页以下;张明楷:《未遂犯论》,第225页以下。

[24] 参见[德]罗克辛:《德国刑法总论》,第276页;林东茂:《危险犯与经济刑法》,五南图书出版股份有限公司1996年版,第25页。

[25] 参见林东茂:《危险犯与经济刑法》,第26页;[德]罗克辛:《德国刑法总论》,第276页。

[26] [德]罗克辛:《德国刑法总论》,第276页。

性标准成为德国刑法学判断具体危险的方法。具体危险犯的重要功能就在于排除实害归责中的偶然因素,不能因为偶然因素阻止实害结果的发生,就不追究行为的刑事责任。因此,如何把握这里的“偶然因素”就成了一个值得研究的问题。

2. 自然意义上的偶然性说

德国刑法学家霍恩(Eckhard Horn)从自然科学角度来解释“偶然”,认为,偶然因素是“一种在自然科学上无法说明的理由”;行为本来一定会导致侵害结果发生,但因为这样一种无法说明的偶然因素,侵害结果没有发生,则肯定具体危险的存在。^[27]例如,行为人在公路上蛇形驾驶,本来与对面来车相撞是不可避免的,只是因为对面车道上没有来车,才没有发生碰撞结果。这种情况是可以解释的,所以行为人的驾驶行为没有引起具体危险。然而,当对面车道有来车,只是由于一阵无法预见和无法解释的狂风把对面的来车吹到路边,这时就要肯行为人的驾驶行为引起了具体危险。^[28]但是,按照霍恩的这种方法,“具体危险的概念就被限制得太狭窄了”,因为只要人们足够精确地查明,几乎所有的因果关系都在自然科学上可以说明。^[29]于是,自然意义上的偶然性说逐渐被规范意义上的偶然性说所取代。

3. 规范意义上的偶然性说

规范意义上的偶然性说从规范的立场考察结果为什么没有发生,从而判断是否具有危险。例如,德国许迺曼(Bernd Schunemann)教授认为,具体危险乃“透过通常活动无法防止的实害结果发生的可能性”;^[30]“具体的危险存在于侵害性结果仅仅是偶然地没有发生的场合。但是,这个理论与霍恩理论的不同在于,它把这种偶然性不是确定为自然科学上无法说明的理由,而是确定为一种人们不能相信会出现的情形”。^[31]具体来说,许迺曼的判断方法分为三步:第一,行为须具有构成要件该当性;第二,根据科学的因果法则,该行为具有导致结果发生的紧迫性,造成了明显的情况恶化,以致通常一般的生活安排已不足够,必须采取特别的措施;第三,法益侵害的结果没有发生,是人们所不能信赖的原因造成的,例如,暴雨将大火浇灭,狂风将汽车吹到路旁,行人因身手敏捷而跳开。^[32]

还有论者将起源于侵害犯的客观归责理论运用于具体危险犯:由于行为人的行为创造了“相当的危险风险”,使得法益陷于一个具体的“侵害风险”的效力范围内,以至于从一个客观观察者的立场判断,此法益的救助变得不可预测,而具有偶然性。^[33]其具体方法为:第一阶段,判断行为人的行为是否制造了法所不容许的“风险”,这种风险是与侵害犯的“侵害风险”相对应的“相当的危险风险”。与客观归责理论一样,沃尔特也是从反面论述哪些情况不存在“相当的危险风险”。第二阶段,判断“相当的危险风险”是否得以实现——变成了“具体的危险结果”。当行为已经引起“相当的危险风险”,仅仅因为偶然原因而没有引起法益侵害的结果时,就肯定“具体的危险结果”存在。^[34]

[27] [德]罗克辛:《德国刑法总论》,第276页;黄荣坚:《基础刑法学》(下),中国人民大学出版社2009年版,第385页。

[28] 参见[德]罗克辛:《德国刑法总论》,第276-277页;蔡蕙芳:《从危险理论论不能安全驾驶罪》,台湾大学法律研究所博士论文2000年,第37-38页。

[29] [德]罗克辛:《德国刑法总论》,第277页。

[30] 转引自蔡蕙芳:《从危险理论论不能安全驾驶罪》,第40页。

[31] 转引自[德]罗克辛:《德国刑法总论》,第277页。

[32] 转引自蔡蕙芳:《从危险理论论不能安全驾驶罪》,第40页以下;黄荣坚:《基础刑法学》(下),第385页。

[33] 转引自蔡蕙芳:《从危险理论论不能安全驾驶罪》,第43页;另参见[德]罗克辛:《德国刑法总论》,第277页。

[34] 转引自蔡蕙芳:《从危险理论论不能安全驾驶罪》,第44页以下。

概括起来,可以从偶然性说的不同观点中,“剥离出两个公认的具体危险的条件:第一,一个构成行为的对象必须存在过一次,并且在这个危险的作用范围之内出现。第二,这个被指控的行为创设了对这个构成行为对象的一种容易发生侵害的危险”。^[35] 对于第二个要件——“创设了一种容易发生侵害的危险”——通常从两个阶段进行判断:第一阶段,以行为时客观存在的所有事实为基础,以科学的因果法则为标准,判断行为是否具有导致侵害结果发生的紧迫性。第二阶段,对阻止结果发生的救助因素进行考察,判断该救助因素的出现是否“偶然”;而对“偶然”的判断,理论与实践现在多采一般人标准,而不是科学标准。

(二)我国具体危险的判断方法

对于具体危险的判断方法,我国学者也提出了一些创见。综合判断说认为,应从行为属性、行为手段、行为对象、行为程度、实害结果发生的可能性等方面综合判断;^[36] 或从行为的时间、地点、环境、手段等方面具体判断。^[37] 但是,综合判断说并没有提出切实可行的判断方法。

客观的危险说认为,应该以客观存在的事实为基础,以科学的因果法则为标准,站在行为时判断危险的有无。^[38] 客观的危险说的共同点有:都是一次性判断;都是站在行为时的事前判断;都以客观存在的所有事实为基础,以科学的因果法则为标准。分歧只在于是否允许一定程度的抽象。客观的危险说提供了一些有益的见解,但仍有不少值得商榷之处。

1. 客观的危险说的不足之处

第一,按照客观的危险说,以科学的因果法则为标准,对所有的客观事实进行判断时,如果不对客观事实进行一定的抽象,则结论只能是:侵害结果没有发生就没有危险,侵害结果发生了就有危险。因为,在事后所查明的客观事实中,既有促使结果发生的因素,也有阻碍结果发生的因素。按照科学的因果法则对这两种不同性质的因素进行逐一分析以后,人们会清楚地看到行为如何引起(或未引起)侵害结果,但却无法预测是否存在发生侵害结果的具体危险。也就是说,如果以所有的客观事实为基础,科学的因果法则只能对已经发生(或未发生)的侵害结果进行分析说明,而不能对危险的有无进行判断。因此,判断时应该对客观事实进行一定程度的抽象。但是,并不是“舍弃细微的具体事实”^[39]。抽象的重点在于把所有客观事实抽象为两类:促使侵害结果发生的因素(诱因),以及阻碍侵害结果发生的因素(救助因素)。

第二,客观的危险说的一次性判断难以得出有无具体危险的结论。具体危险犯的危险不是行为的危险,而是行为所导致的状态。行为时的客观事实既包括促使侵害结果发生的诱因,又包括阻碍侵害结果发生的救助因素;对诱因进行科学判断会得出行为有危险的结论,对救助因素进行科学判断会得出行为有惊无险的结论。将诱因与救助因素放在一个层次上进行判断,难以得出有无具体危险的结论。因此,危险的判断至少应该分为两个阶段进行:首先,通过对促使结果发生的诱因进行分析,看行为是否具有法益侵害的危险性。其次,在肯定行为危险性的基础上,重点分析阻碍结果发生的救助因素的出现是否值得信赖。这

[35] [德]罗克辛:《德国刑法总论》,第276页。

[36] 参见王志祥:《危险犯研究》,第69页以下。

[37] 参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2008年版,第221页。

[38] 参见张明楷:《刑法学》(第四版),第334页;张明楷:《危险犯初探》,第141页;李海东:《社会危害性与危险性:中、德、日刑法学的一个比较》,第52页;鲜铁可:《新刑法中的危险犯》,中国检察出版社1997年版,第87页。

[39] 张明楷:《刑法学》,第334页。

里要注意的是,后一阶段不是分析救助因素能否阻止结果的发生,而是重点考察该救助因素在一般场合能否出现。

2. 三阶段判断法的提出

本文受德国偶然性说的启发,在批判客观的危险说的基础上,提倡三阶段判断方法。第一阶段,把行为时存在的所有客观事实抽象为两类:一类是促使侵害结果发生的诱因,另一类是阻碍侵害结果发生的救助因素。这种区分在行为后进行,以犯罪停止时的所有事实为基础,以科学的因果法则为标准。由于这两种因素的性质完全相反,因此实践中的区分并不困难。主要存在的问题有两个:一是有些事实是否存在,行为人的认识、一般人的认识与事后查明的结论三者之间可能不一致。例如,有些事实,行为人或者一般人在行为当时并没有认识其存在,但事后查明确有其事;或者相反。那么,应该以事后查明的结论为基础。二是对于某些事实的性质,行为人的认识、一般人的认识与科学标准可能不一致,此时,也应该按照科学标准来分类。

第二阶段,以科学的因果法则为标准,站在行为时,判断促使侵害结果发生的诱因是否已经使特定法益陷入了危急之中。这里要注意两个问题:一是必须出现了行为对象,在行为对象出现之前不应该肯定具体危险的存在。这一点常常为我国学者忽视。例如,有学者认为,“甲为了使火车倾覆、毁坏,便将一块大石头搬运到火车来往较为频繁的铁轨上,然后坐在一旁观望;但在火车到来之前突然悔悟,立即将石头搬走,防止了事故发生”,该行为“虽然发生了具体危险,但行为人自动防止侵害结果发生的,应认定为犯罪中止”。^[40] 本文认为,由于火车还没有出现,缺乏侵害的对象,该行为还没有产生具体危险;具体危险不是把石头搬到铁轨上这一行为本身的危险。二是必须客观事实已经使特定法益陷入了危急之中,此时,继续任由事态发展,损害的出现不可避免。具体来说,“在偶发的意外救助来到前,危险会随时转变为实害,亦即具体危险系一个与行为脱离的法益危急状况……例如,若把无自救力之人遗弃在深山中,该遗弃行为并不等于具体危险,但有猛兽接近时,即有具体危险;换言之,具体危险不能从遗弃无自救力之人在深山中,即有可能有猛兽接近的角度来理解,而必须从是否出现猛兽(危急状况)来判断”。^[41]

第三阶段,当行为已经使特定法益陷入危急中之后,再以一般人的认识为标准,判断阻止侵害结果发生的救助因素的出现是否值得信赖:如果一般人认为救助因素会出现,则没有危险,如果一般人认为救助因素不会出现,则有危险。例如,行为人对食堂水缸投毒,如果食堂工作人员每次用水时都要检测水质,那么该投毒行为没有产生具体危险,因为一般人相信毒药随时会被检测出来;如果是食堂工作人员因为偶然原因发现水中有毒,那么该投毒行为产生了具体危险,因为此时不存在值得信赖的救助因素(随时检测)。

这里需要注意两个问题:一是诱因使行为对象陷入危急之中(即第二阶段判断),是危险存在的推定。但是,危险存在的推定并不等于危险真实存在,如果一般人还能信赖某种救助因素的出现,那么就应当否定具体危险的推定。例如,把无自救力之人遗弃在深山中,当猛兽(危急状况)出现时,可以推定产生了具体危险;但是,如果被遗弃者一开始就处于好心的猎人的保护之中,则当猛兽(危急状况)出现时,一般人仍可信赖猎人的救助,此时,应该

[40] 张明楷:《刑法学》(第四版),第322页。

[41] 许泽天:《遗弃罪之研究——待厘清保护法益的具体危险犯》,《东吴法律学报》第22卷第2期,第32页。

否定具体危险的存在。如果只是在猛兽(危急状况)出现时,猎人偶然地发现并解救了被害人,则一般人难以信赖猎人会及时出现并予以救助,此时,应该肯定具体危险的存在。二是对于救助因素能否出现,应以一般人的认识为标准,站在行为时进行判断;而不能以科学的因果法则为标准,站在行为后进行判断。行为是否使对象陷入危急之中的判断,应该依照科学因果法则进行(第二阶段判断);救助因素能否出现的判断,应该依照一般人的认识进行(第三阶段判断)。

总之,在三阶段判断方法看来,我国学者对于具体危险的判断过于宽松,使具体危险的认定时间过于提前。其表现有二:一是不待行为对象的出现,或者行为对象尚未置于危险的有效范围内,就认定存在具体危险;二是只要行为使对象陷入危急之中,就肯定具体危险的存在,而不论有无值得信赖的救助因素,将危险存在的推定等于危险的真实存在,而不考虑能否排除危险的推定。这种过于宽松的 danger 判断的弊端,进一步体现在具体危险犯停止形态的认定问题上。具体危险的认定时间过于提前,是我国刑法学在危险犯既遂与中止等问题上出现混乱的根源。

三 应用:具体危险判断的疑难问题

(一)具体危险犯的既遂标准问题

关于具体危险犯的既遂标准,我国传统观点采危险状态说,但是,近年来犯罪结果说异军突起,对危险状态说形成强烈冲击。本文认为,犯罪结果说并不合理。

1. 犯罪结果说把危险状态的认定时间过于提前,“制造”了危险状态说的不合理性

犯罪结果说认为,以危险状态作为危险犯的既遂标志不合理。犯罪结果说的思路和逻辑是有问题的:犯罪结果说对于具体危险的认定过于宽松,使得危险状态出现的时间过于提前,从而“制造”了危险状态说的不合理性。实际上,只要按照三阶段判断方法,正确认定危险状态的出现时间,危险状态说并无不妥。只有当行为已经使法益陷入危急之中,并且行为人无法控制事态的发展,没有能力阻止侵害结果的发生,结果的发生与否完全取决于偶然因素时,才能够肯定危险状态的出现。行为人把石头搬运到铁轨上后,“坐在一旁观望”说明事态一直处于行为人控制之中,“立即将石头搬走”说明阻止结果发生的并非偶然因素,而是行为人自己的力量。认定这种场合发生了危险状态,很不合理。把该例子稍微改变一下,道理会更加明白。如果不是行为人恶意搬运石头,而是农夫牵着一头训练有素的老牛下地干活,在横过铁道时让牛停下来休息了一会儿,在火车来临前又把牛牵走了。没有人会认为,农夫的行为已经引起了具体危险状态。也许有人说,农夫牵牛过铁道并无使火车倾覆的故意。但是,危险犯中危险状态的判断是客观的,与行为人的主观无关。

2. 以犯罪结果作为危险犯的既遂标志不合理

有的犯罪结果说论者认为:“对危险犯中的行为犯,如暴力危及飞行安全罪……应当以法定的行为实行完毕作为既遂的标准”;而对于“危险犯中的结果犯应以犯罪结果发生作为既遂的标志,但这种结果是法规范所要求的结果,而不是行为人主观上所追求的结果”。^[42]

仔细思考,这段论述值得商榷之处甚多:第一,“危险犯既可能是行为犯,也可能是结果

[42] 刘明祥:《论危险犯的既遂、未遂与中止》。

犯”，这个判断是正确的。但是并不能由此推断：具体危险犯既可能是行为犯也可能是结果犯。实际上，“具体危险犯属于结果犯，抽象危险犯属于举动犯，分属两个不同的概念范畴”。^[43] 也就是说，具体危险犯都是结果犯，是相对于侵害结果犯而言的危险结果犯；只有抽象行为犯才可以理解为行为犯。作为具体危险犯的暴力危及飞行安全罪，并非以法定的行为（“使用暴力”）实行完毕作为既遂的标志；而是使用暴力的行为引起了法定的危险状态（“危及飞行安全”），才成立既遂。所有具体危险犯具有相同的规范结构，不宜对具有相同规范结构的具体危险犯采取不同的既遂标准。第二，具体危险犯不存在“法规范所要求的结果”，而只存在法规范所要求的“危险状态”；如果法规范要求发生侵害结果，则该犯罪不是危险犯，而是侵害犯。例如，我国《刑法》第 114 条并没有要求“炸伤他人或炸毁财物”，相反却规定“尚未造成严重后果”。所以，把根本不存在的“法规范所要求的结果”作为具体危险犯的既遂标志，在逻辑上难以理解。第三，按照论者的观点，同等程度地危害公共安全的爆炸，哪怕只“炸毁少量财物”，也构成爆炸罪的既遂；而没有造成财物损害的，构成爆炸罪未遂。似乎看不出这种既遂标准的意义何在。第四，如果广场上的定时炸弹爆炸时，碰巧无人在近处，因而未造成损害结果，这种情形应当肯定具体危险的存在。因为，爆炸已经引起危急状态，损害结果之所以没有发生，完全是偶然因素（碰巧无人在场）造成的。把这种情况认定为犯罪既遂“符合刑法理论，也能为社会公众所接受”。因为，危险犯的重要功能就在于排除实害归责中的偶然因素，如果危险状态已经形成，仅仅由于偶然因素才未至损害结果发生，完全应当作为既遂处理。但是，如果行为人特意选择无人在广场时引爆炸弹，则没有发生具体危险。这两种情形虽然都没有引起侵害结果，但在是否存在具体危险这一点上存在很大差异，不应当等同视之。

3. 犯罪结果说的立场前后不一致：总论采犯罪结果说，疑难个罪采危险状态说

有的犯罪结果说论者在刑法总论中主张，危险犯“应以是否发生了特定的法益侵害结果作为区分未遂与既遂标准”。但在刑法分论中论述放火罪既遂时，又明确主张“本书持独立燃烧说……使对象物燃烧的行为足以危害公共安全，只是由于意志以外的原因没有达到独立燃烧程度的，可视为放火罪的未遂”。^[44] 后文将会论述，“独立燃烧”并非“足以危害公共安全”之后的实害结果，而恰恰是一种危险状态，而且是具体危险之前的抽象危险。

总之，只要能够正确把握危险状态的出现时间，对于认定具体危险犯的既遂来说，“危险状态说”并无不当。“犯罪结果说”把危险状态的认定时间过于提前，因此，为了避免既遂的认定时间过于提前，便提出以危险状态出现之后的侵害结果作为既遂标准。但这种做法没有必要，也没有抓住问题的关键，实际上，按照三阶段判断方法，“危险状态说”不会导致危险犯既遂时间过早的问题。

（二）“危险状态出现后行为人自动阻止侵害结果发生”的问题

我国危险犯的研究似乎遇到了一个绕不过、解不开的死结：危险状态出现以后行为人又自动阻止实害结果发生的，是犯罪既遂还是犯罪中止？对此，形成了犯罪既遂说与犯罪中止说之争，犯罪中止说又分为危险犯中止说与实害犯中止说。本文认为，“危险状态出现”即排除了“行为人自动阻止侵害结果”的可能性，相反，“行为人自动阻止侵害结果”即否定了

[43] 林东茂：《刑法综览》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 50 页。

[44] 张明楷：《刑法学》（第二版），第 312、542 页。

“危险状态出现”。不可能存在“危险状态出现后行为人自动阻止侵害结果发生”的问题,产生这一问题的原因在于未能正确判断危险犯的危险状态。

1. 危险状态认定的时间过于提前

产生上述问题的一个重要原因在于,危险状态认定的时间过于提前。下面以放火罪为例来说明。我国学者一般认为,放火罪的发展包括几个关键点:点火→独立燃烧→实害结果发生。其中,点火是放火罪的着手,独立燃烧标志危险状态的出现(放火罪危险犯达到既遂),实害结果的发生标志着放火罪实害犯的既遂。^[45]因此,在放火行为引起独立燃烧后,行为人自动有效地防止实害结果发生的场合,就存在是既遂还是中止的问题。但是,“独立燃烧”不是放火罪具体危险的产生标志,而是放火罪抽象危险的产生标志,不能作为我国刑法第114条放火罪的既遂标志。

“独立燃烧说”来自日本,而日本刑法中的放火罪分为两类:作为抽象危险犯的放火罪(第108条、第109条第1款)和作为具体危险犯的放火罪(第109条第2款、第110条)。作为抽象危险犯的放火罪的客观要件只要求“放火烧毁”。作为具体危险犯的放火罪的客观要件包括“放火烧毁”,以及“因而发生公共危险”。由于日本刑法学认为,即使是抽象危险犯的放火罪,也要求发生公共危险。因此,在日本刑法中,放火罪包括两种不同的公共危险。“作为公共危险犯的放火罪,通常,可以分为抽象的公共危险犯与具体的公共危险犯两种类型”,对于抽象危险犯的放火罪,“当存在该当构成要件的事实(放火行为?烧毁)的时候,在行为自身当中就已经包含了公共危险”。^[46]对于具体危险犯的放火罪,“所谓公共危险,判例曾将其定义为,有延烧至现住建筑物等或者为他人所有的非现住建筑物等的危险……是否发生了作为这种延烧之危险的公共危险,必须客观判断”。^[47]也就是说,对于放火罪中两种不同的公共危险,日本刑法学采取了两种不同的判断方法。

对于抽象危险犯的放火罪(日本《刑法》第108条、第109条第1款),只要求放火行为达到“烧毁”程度,就构成犯罪既遂。因此,如何理解“烧毁”就成了一个问题。“这样一来,从能否实质上认定存在公共危险等作为处罚根据的危险这一角度来看,就有必要探究烧毁的含义”。^[48]围绕“烧毁”的含义——即抽象危险的判断,日本刑法学主要有独立燃烧说、丧失效用说、重要部分开始燃烧说、部分毁弃说之争。多数学者认为,“对于烧毁概念,要求是从由此通常会发生公共危险这一角度来考虑,而在建筑物已经开始独立燃烧之时,就能够肯定存在这种危险”。^[49]因此,独立燃烧说成为日本刑法的通说。对于具体危险犯的放火罪(日本《刑法》第109条第2款、第110条),要求放火行为具有“延烧”危险时,才构成犯罪既遂。

然而,与日本刑法不同,我国《刑法》第114条规定的放火罪是具体危险犯。因此,对于我国《刑法》第114条规定的“危害公共安全”(具体危险),不能够采取“独立燃烧说”(抽象危险的判断方法)。但是,我国学者却普遍忽视了我国刑法中的放火罪与日本刑法中的放

[45] 参见刘宪权:《故意犯罪停止形态相关理论辩证》,《中国法学》2010年第1期。

[46] [日]关哲夫:《作为危险犯之放火罪的检讨》,何鹏、李洁主编:《危险犯与危险概念》,吉林大学出版社2006年版,第161-162页。

[47] [日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第452-453页。

[48] [日]山口厚:《刑法各论》,第446页注。

[49] [日]山口厚:《刑法各论》,第448页。

火罪之间的差别,直接把日本刑法学中判断抽象危险的独立燃烧说,用来判断我国的具体危险。^[50]这种做法使得我国放火罪危险犯的既遂认定时间过于提前。

2. 危险状态不是进行状态而是停止状态

产生上述问题的另一个重要原因在于,没有认识到具体危险犯的危险状态是一种停止状态。^[51]反映出对危险状态的一些误解。第一,作为犯罪形态的危险犯,是一种停止形态,只有在犯罪行为停止下来以后,我们才能够判断其是引起了危险状态还是产生了实害结果。例如,对于放火罪的认定,必须等放火行为结束以后才可能进行判断:造成我国刑法第 115 条规定的侵害结果者,为实害犯;没有造成侵害结果,但引起刑法第 114 条规定的具体危险者,为危险犯;连具体危险都没有,但达到独立燃烧者,情节较轻的,在我国不构成犯罪(在日本刑法中可以构成犯罪),情节较重的,可以构成第 114 条放火罪的未遂犯。如果犯罪行为尚处于趋向实害结果的发展过程中,则无法判断是危险犯还是结果犯。第二,按照本文提倡的三阶段判断法,只有当紧迫的危急因为偶然因素没有产生实害的时候,才能肯定具体的危险状态。行为人的行为已经使法益陷入危急之中,侵害的发生与否完全取决于偶然因素,此时,发生了侵害结果的,为侵害犯,没有发生侵害结果的,为危险犯。如果行为人还能够控制事态的发展,还能够依靠自己的能力防止结果的发生,就应该否定危险状态的出现。当危险状态出现时,犯罪行为就已经停止,不可能再出现犯罪行为“由危险状态向实害状态转化”。不可能出现“危险犯的犯罪过程”已经结束,而“实害犯的犯罪过程”还在继续的情况。单纯从逻辑上看,放火罪的发展经历了一个过程:点火(行为的危险性)→独立燃烧(抽象危险)→延烧(具体危险)→实害结果。但是,就真实的放火罪来说,不可能同时出现“延烧的具体危险”与“实害结果”两种状态:出现延烧的具体危险,意味着实害结果因为偶然因素没有发生;发生了实害结果,则否定了延烧的具体危险状态。在具体的放火罪中,如果行为人还能够阻止实害结果发生,则说明延烧的具体危险还没有出现;只有当行为人无法控制放火罪的事态发展,实害结果偶然没有发生时,才是延烧的具体危险。所以,肯定具体危险状态的出现,就否定了行为人阻止结果发生的可能性;反之亦然。不存在“危险状态出现后行为人自动阻止侵害结果发生”的情况,但存在“行为引起一定危险后行为人自动阻止侵害结果发生”的场合。“行为引起一定危险”不能等同于“危险状态出现”:前者更多的表现为一种行为的危险性,后者是行为引起的一种构成要件状态。

3. 同一罪名的危险犯与实害犯之间的关系

产生上述问题的原因还在于,难以厘清同一罪名的危险犯与实害犯之间的关系。我国《刑法》第 114 条(第 116 条、第 117 条、第 118 条)规定了放火罪等犯罪的危险犯,第 115 条(第 119 条)规定了这些犯罪的实害犯。关于如何理解同一罪名的两个法条之间的关系,刑法学存在争议:(1)有的认为两者之间是未遂犯与既遂犯的关系;(2)有的认为两者之间是基本犯与结果加重犯的关系;(3)有的认为两者之间是法条竞合的关系。^[52]最近较有影响的观点是:刑法第 114 条与第 115 条之间既可以是未遂犯与既遂犯的关系,也可以是基本犯

[50] 黎宏:《论放火罪的若干问题》,《法商研究》2005 年第 3 期;周光权:《刑法各论》(第二版),中国人民大学出版社 2011 年版,第 135 页;赵秉志:《犯罪未遂形态研究》(第二版),第 298 页;张明楷:《刑法学》(第二版),第 541 页。也许正是意识到了这些问题与矛盾,张明楷教授在其第三版、第四版《刑法学》中删掉了这一观点,并回避了我国放火罪的既遂问题。

[51] 刘宪权:《故意犯罪停止形态相关理论辩正》。

[52] 周光权:《刑法各论》(第二版),第 136 页。

与结果加重犯的关系。当行为人具有实害故意,实施放火等危害公共安全的犯罪行为,造成实害结果的,适用刑法第 115 条第 1 款(此时是既遂犯),没有造成实害结果的,适用刑法第 114 条(此时是未遂犯);当行为人具有危险故意,实施放火等危害公共安全的犯罪行为,造成具体危险状态的,适用刑法第 114 条(此时是基本犯),造成实害结果的,适用刑法第 115 条(此时是结果加重犯)。^[53]

这个问题需要进一步的深入研究,本文的初步看法如下。第一,放火罪危险犯与实害犯的行为方式相同,罪过形式也应该相同。不宜认为放火罪的罪过,既可以是对实害结果的故意,又可以是过失;也不宜认为放火罪的故意内容,既可以是对实害结果的故意,又可以是具体公共危险的故意。实际上,放火罪的罪过只有一个,即故意,而且是实害故意,不会有过失,也不会有危险故意。“行为人具有相对应的实害故意,就是有危险故意,并且也唯有行为人具有相对应的实害故意,才是有危险故意……所谓危险故意根本不可能脱离实害故意概念的范畴”。^[54] 第二,也不宜认为实害犯是危险犯的结果加重犯。结果加重犯“以发生具体的公共危险(基本结果)为前提”,^[55]但如前所述,对于放火罪来说,放火行为要么导致危险状态,要么导致实害结果,不存在先出现危险状态(基本结果)再出现实害结果(加重结果)的结果加重犯的逻辑。同样道理,以危险状态作为放火罪危险犯的既遂标志,也不会出现“一个犯罪有两个既遂”的矛盾现象。第三,《刑法》第 114 条与第 115 条第 1 款之间的关系是:行为人基于实害故意实施放火行为,发生了实害结果的,适用第 115 条第 1 款;本来应当发生实害结果,但由于偶然因素没有发生实害结果而出现延烧危险的,适用第 114 条;本来可以发生实害结果,但行为人自动阻止实害结果发生,没有产生延烧危险的,适用第 114 条与第 24 条关于犯罪中止的规定。

[Abstract] Attempted offence doesn't belong to concrete potential damage offence, and it's difficult to estimate these two different dangers with the same method. As regards the judgement of danger in concrete potential damage offence, the first, it divides all the objective facts of behavior into the inducements which urge the damage and the salvation factors which prevent the damage. The second, it estimates whether the inducements have plunged the special legal interests into endangerment. The third, it estimates whether the salvation factors could be expected. In Chinese criminal law, scholars usually sentence the danger in concrete potential damage offence too early, which causes many theoretical disputes. 'Independent combustion' isn't the accomplished standard of arson that is prescribed by Article 114 of Criminal Law of PRC. It doesn't exist the so-called problem that the offender initiatively prevents the damage after the danger has appeared.

(责任编辑:王雪梅)

[53] 参见张明楷:《法条竞合中特别关系的确定与处理》,《法学家》2011 年第 1 期;张明楷:《刑法学》(第四版),第 606 页。

[54] 黄荣坚:《论危险故意》,《月旦法学杂志》2005 年第 3 期。类似的观点参见姜伟:《罪过形式论》,北京大学出版社 2008 年版,第 159 页。

[55] 张明楷:《刑法学》(第四版),第 606 页。