

# 准抽象危险犯概念之提倡

陈洪兵<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**传统的危险犯二分说存在疑问，在具体危险犯和抽象危险犯之间，还应存在一个独立的危险犯类型——准抽象危险犯。刑法分则中规定的5个“足以”型危险犯、3个危险物质型危险犯、3个破坏公用设施型危险犯、暴力危及飞行安全罪、非法携带枪支等危及公共安全罪以及污染环境罪，均属于准抽象危险犯。其罪状中的“足以……”、“危害公共安全”、“危及飞行安全”、“危及公共安全”以及“严重污染环境”等表述，是对行为对象的性质或者行为本身属性的要求，旨在使其区别于盗窃罪、故意毁坏财物罪等相关犯罪，而非表明只有已经发生了现实、紧迫的具体危险才成立相应犯罪。

**关键词：**具体危险犯 抽象危险犯 准抽象危险犯

---

传统上，刑法理论将危险犯二分为具体危险犯和抽象危险犯。国内赞成这一二分说的学者，大多以相关刑法分则条文中是否存在“危害公共安全”、“足以……”、“危及飞行安全”、“危及公共安全”、“严重污染环境”等表述为根据，来判定相关危险犯是属于具体危险犯还是抽象危险犯。

但值得反思的是，这种形式上的划分是否妥当。这一问题直接关系到诸多犯罪的成立条件与处罚范围。例如，若认为生产、销售不符合安全标准的食品罪是具体危险犯，对于生产了不符合安全标准的食品却未销售（但准备用于销售）的，因其尚未对消费者的身体健康造成现实、紧迫的危险，就只能得出不成立该罪的结论。但是，这显然与认为该罪属于选择性罪名的通说相冲突。易言之，如果不认为生产行为系该罪独立的实行行为，对于生产却未销售（但准备用于销售）的，就不能以生产不符合安全标准的食品罪的既遂论处，而这显然不利于严厉打击当前颇为民意所不容的食品安全犯罪。再比如，如果坚持认为污染环境罪属于具体危险犯，则意味着即便超标排放了可能严重污染环境的毒害性物质，但

---

<sup>\*</sup> 南京师范大学法学院副教授。

本文系中国法学会2014年度课题“中国式的刑法竞合问题研究”[CLS(2014)D039]、江苏高校优势学科建设工程资助项目的阶段性研究成果。

尚未发生或者不能证明已经形成了严重污染环境的高度、紧迫危险的,也不能成立污染环境罪,而这显然有违当前要求严惩环境污染犯罪的民众期待。由此可见,传统的危险犯二分说已有脱离实际之嫌,有必要予以认真反思。

## 一、传统危险犯二分说的缺陷

### (一) 区分具体危险犯和抽象危险犯的形式标准

域外刑法理论一般将危险犯分为具体危险犯和抽象危险犯,区分的形式标准在于相关刑法分则条文中是否存在“致生公共危险”之类的明文规定。<sup>[1]</sup>已如上述,国内学者通常也是以刑法分则条文中是否存在相关的形式性规定来区分具体危险犯和抽象危险犯。<sup>[2]</sup>

应当说,域外刑法理论根据上述形式标准,一般能够较为清晰地区分具体危险犯和抽象危险犯。以放火罪为例,日本刑法就放火罪规定有向现住建筑物等放火罪、向非现住建筑物等放火罪、向自己所有的非现住建筑物等放火罪、向建筑物等以外之物放火罪以及向自己所有的建筑物等以外之物放火罪等5个罪名。学界根据条文中有无“发生公共危险”的明文规定,公认前两个罪名为抽象危险犯,后三个罪名为具体危险犯。<sup>[3]</sup>表面看来,日本刑法理论将放火罪区分为具体危险犯和抽象危险犯的根据是条文中有无“发生公共危险”的表述;但为我们所忽略却十分重要的实质根据在于,建筑物、火车、电车、船舰、矿井等通常都是人员频繁、密集出入的地方,向上述场所放火,一般会危及公共安全,因而无需进行具体判断即可得出存在公共危险的结论。

反观我国刑法,其并未根据放火对象的不同而设置不同的构成要件;在放火罪仅有一个罪名的状况下,我们能否直接认为“危害公共安全”是具体危险犯的标志,从而得出放火罪属于具体危险犯的结论?其实,具体到案件事实,既存在向上述人员频繁、密集出入的地方放火的情形,也存在向人员较少出入的场所放火的情形。是否后一种情形就不构成放火罪(或者放火罪既遂),恐怕不好直接根据形式标准予以肯定的回答,而应给出实质性理由。“从形式上来看,《刑法》第114条(放火罪等)要求行为‘危害公共安全’,其实质是一种犯罪类型化的要素,要求行为存在公共危险,其目的在于区分罪与非罪、此罪与彼罪”。<sup>[4]</sup>事实上,行为人完全可能采取放火的方式杀人、伤人、毁坏他人财物。故而,“危害公共安全”不过是区隔放火罪与故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪等人身、财产犯罪的要素。从我国的司法实践看,也是根据放火时的具体场景来判断是否“危害公

[1] 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第93页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2011年版,第99页;林山田:《刑法通论》上册,北京大学出版社2012年版,第157页。

[2] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第167页以下,第604页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,第133页;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第91页;苏彩霞:《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》,《法商研究》2011年第4期,第31页;欧阳本祺:《论刑法上的具体危险的判断》,《环球法律评论》2012年第6期,第70页;付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013年第6期,第80页以下。

[3] 参见[日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2010年版,第375页以下;[日]高桥则夫:《刑法各论》,成文堂2014年版,第445页以下。

[4] 张克文:《危险驾驶罪的客观不法与主观罪责》,《环球法律评论》2013年第6期,第89页。

共安全”，从而认定是成立放火罪，还是其他人身、财产犯罪。

案例 1：被告人马某等人先将停在某美食广场停车场的路虎牌越野车砸坏，然后将点燃物扔进车内，致使该越野车燃烧毁损，被毁损的越野车价值达 338100 元。案发时该美食广场厨房墙上的一扇窗户被烧坏、玻璃被震碎，上面的一个路灯也被烧坏。“涉案越野车被烧时，旁边停有其他汽车，西侧相隔 0.4 米有一南北向二层楼，底楼为太阳岛美食广场厨房、更衣室、仓库，二楼为棋牌室，东侧为太阳岛沐足房，北侧为太阳岛餐饮部。”法院据此认为，被告人马某等人砸车并放火烧车，危害公共安全，构成放火罪。<sup>〔5〕</sup>

案例 2：被告人符某与家人发生矛盾，家人外出后，其在位于海口市汽车运输公司宿舍 5 幢 504 室自家饭厅内，将煤油灯摔破，点燃煤油任其燃烧，引起火灾，烧破了宿舍门窗及家中物品，后消防队员将火扑灭。被告人符某辩称，其是在自家点火，并不想危害邻居和公共安全，不构成放火罪。法院则认为：“符某虽然是在自己家里放火，但其住所并非孤家独院，而是位居市区人口密集的繁华地段，如火势失控，即会危及四周居民和仓库、车站等安全。其行为已足以对不特定多数的人身及财产构成严重威胁”，故构成放火罪。<sup>〔6〕</sup>

笔者认为，上述判例都对公共危险的存在与否进行了准确的判断。但也有判例对放火行为是否“危害公共安全”只字不提，而直接认定成立放火罪。

案例 3：被告人付某为报复被害人刘某，趁被害人刘某及其家人熟睡之机，将汽油从刘某家大门缝隙处倒入，并用火柴引燃后逃离。被害人刘某被烧成重伤后不久死亡。法院认定构成放火罪，但未就放火行为是否“危害公共安全”作出判断。<sup>〔7〕</sup>

案例 4：被告人魏某为实施抢劫而窜入被害人刘某家中，用硬物猛击刘某致其昏迷，在误以为刘某已经死亡的情况下，为毁灭罪证而放火，导致刘某被烧死，以及价值 729 元的物品被烧毁。法院以抢劫罪判处被告人魏某死刑、以放火罪判处其 3 年有期徒刑，但未就放火现场的环境进行交待，没有认定是否“危害公共安全”。<sup>〔8〕</sup>

应该说，上述判例不首先判断行为是否造成公共危险，而仅根据放火行为就直接认定放火罪的成立，会模糊放火罪与以放火方式实施的人身、财产犯罪的界限，其做法实不可取。也就是说，刑法理论和司法实践不应轻视放火罪条文中“危害公共安全”所具有的区分放火罪与以放火方式实施的人身、财产犯罪的功能。如果因为存在放火行为，就一概认定行为人构成放火罪，则无异于将放火罪确定为抽象危险犯，也排除了以放火方式实施人身、财产犯罪，从而构成相应人身、财产犯罪的余地。因此，从这个意义上讲，将我国的放火罪归入具体危险犯的范畴是基本可行的。

## （二）传统二分说的缺陷

关于具体危险犯和抽象危险犯构成要件特征的差异，刑法理论通说认为，具体危险犯中的危险是具体、紧迫、高度现实化的危险，是需要司法工作人员在个案中进行具体认定的危险；而抽象危险犯中的危险是一种根据人们的一般生活经验得出的、类型化的、由立

〔5〕 参见江苏省启东市人民法院（2009）启刑初字第 0105 号刑事判决书；江苏省南通市中级人民法院（2009）通刑终字第 0050 号刑事裁定书。

〔6〕 参见海南省海口市振东区人民法院（1995）刑字第 109 号刑事判决书。

〔7〕 参见云南省高级人民法院（2000）云高刑终字第 950 号刑事附带民事裁定书。

〔8〕 参见河北省唐山市中级人民法院“魏建军抢劫、放火案”，[http://www.lawyee.net/Case/Case\\_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=&RID=134082#](http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=&RID=134082#)，2015 年 5 月 1 日访问。

法推定的危险，无需司法工作人员在个案中进行具体认定。<sup>〔9〕</sup>笔者以为，具体危险犯和抽象危险犯的实质差异主要在于两点：一是危险的判断方法不同。对于具体危险犯，根据行为本身往往无法得出是否具有公共危险的结论，还必须结合行为的时空环境进行判断。例如，放火、爆炸行为既可能危及公共安全，也可能只是单纯的杀人、伤害、毁坏财物行为，不考虑放火、爆炸时的场景，就无法得出放火、爆炸行为危害公共安全与否的结论。而对于抽象危险犯，如盗窃枪支罪，人们根据枪支本身具有相当大杀伤力的一般生活经验，得出只要所盗窃的是枪支，原则上就具有公共危险的结论，从而无需在个案中判断是否存在公共危险。二是立法模式不同。因为需要在个案中判断有无公共危险，具体危险犯的司法证明要求较高。而对于抽象危险犯，只要证明行为人实施了具有类型性危险的行为，如非法持有枪支，即可得出行为具有公共危险的结论。诚如我国台湾学者黄荣坚所言，“抽象危险犯与具体危险犯之间并非代表个案中行为事实上危险程度的区别（并非具体危险犯行为的危险程度就是大于抽象危险犯的行为），而是代表两种不同的立法形式而已。”换言之，“抽象危险犯正因为其典型之危险，所以立法者并未附加其他条件，以一定之行为要件直接确认其行为之危险性。相对的，立法者可能认为具体危险犯的行为本身还不足以代表典型的危险，所以附加‘致生危险’为确认其危险的客观要件”。<sup>〔10〕</sup>

不过，仅根据形式标准就得出是具体危险犯还是抽象危险犯的结论，有时可能会出错。例如，有学者一方面认为，“具体危险犯中的具体危险使法益侵害的可能具体地达到现实化的程度”，另一方面又仅根据暴力危及飞行安全罪中存在“危及飞行安全”的表述，就得出该罪属于具体危险犯的结论。<sup>〔11〕</sup>但是，从该罪基本犯的最高法定刑仅为5年有期徒刑来看，要求对飞行中的航空器上的人员使用暴力，并且只有使飞机发生倾覆的危险达到了现实化的程度时，才成立本罪，恐怕会不当缩小该罪的处罚范围，也难以做到罪刑相适，故将该罪归入具体危险犯未必妥当。还有学者一方面认为，具体危险犯中的危险是指“具有发生侵害结果的紧迫（高度）危险”，另一方面又根据非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪中存在“危及公共安全”的表述，就得出该罪属于具体危险犯的结论。<sup>〔12〕</sup>但是，对于非法携带枪支等危险物品进入公共场所的行为，要求只有对公共场所的安全已经形成了紧迫、高度危险时才能以该罪论处，同样会不当缩小该罪的处罚范围。事实上，司法实践中对于将管制刀具带入候车厅、<sup>〔13〕</sup>在市场上摆摊销售管制刀具、<sup>〔14〕</sup>在街上销售管制刀具等行为，<sup>〔15〕</sup>均不待其形成具体、现实、高度、紧迫的危险，即认定成立该罪的既遂。至于将“足以……”、“危害公共安全”、“严重污染环境”之类的表述直接视为具体危险犯的标志，更是存在疑问。

〔9〕 参见〔日〕西田典之：《刑法总论》，弘文堂2010年版，第84页以下；黄荣坚：《基础刑法学》下，中国人民大学出版社2009年版，第383页；陈兴良主编：《刑法总论精释》，人民法院出版社2010年版，第198页；前引〔2〕，张明楷书，第167页。

〔10〕 上引黄荣坚书，第383页。

〔11〕 参见前引〔2〕，周光权书，第132页，第153页。

〔12〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第167页，第628页。

〔13〕 参见蚌埠铁路运输法院（2009）蚌铁刑初字第27号刑事判决书。

〔14〕 参见北京市房山区人民法院（2014）房刑初字第505号刑事判决书。

〔15〕 参见广东省广州市白云区人民法院（2014）穗云法刑初字第2242号刑事判决书。

其实,问题的症结在于,传统的危险犯二分说一方面认为,具体危险犯中的危险必须是在具体个案中认定的达到高度现实化的、紧迫的危险,另一方面又仅根据相关刑法分则条文中存在“危害公共安全”、“足以……”、“危及飞行安全”、“危及公共安全”以及“严重污染环境”等表述,就直接得出相关犯罪属于具体危险犯的结论,从而不可避免地陷入理论困境。事实上,刑法理论与实务普遍认为,只要破坏了刹车等关键零部件,盗毁枯水期备用的变电器设备,在输油管道上打孔盗油,盗窃具有毒害性、放射性的危险物质,在街上摆摊销售管制刀具,生产了准备用于销售的不符合安全标准的食品,生产了准备用于销售的不符合标准的医用器材,非法采集、制作了准备用于供应的不符合标准的血液、血液制品,违规排放、倾倒、处置了毒害性物质等,不待其对相关法益形成具体、紧迫、现实的危险,就已经成立破坏交通工具罪、破坏电力设备罪、破坏易燃易爆设备罪、盗窃危险物质罪、非法携带管制刀具危及公共安全罪、生产不符合安全标准的食品罪、生产不符合标准的医用器材罪、非法采集血液、制作血液制品罪、污染环境罪等。<sup>[16]</sup>

总之,传统的危险犯二分说的缺陷在于:一方面根据相关刑法分则条文中是否存在“危害公共安全”、“足以……”之类的表述,将危险犯直接划分为非此即彼的具体危险犯和抽象危险犯,另一方面在个别案件中又对所谓具体危险犯放弃了具体危险的判断。要破解这种理论困局,就必须反思在传统的二分说之外,是否还存在独立的第三种危险犯类型。

## 二、作为第三种危险犯类型的准抽象危险犯

### (一) 域外相关概念的梳理

日本学者山口厚认为,在具体危险犯和抽象危险犯之间,存在着要求某种程度的实质危险性判断的中间形态——准抽象危险犯,例如日本刑法第217条规定的遗弃罪。<sup>[17]</sup>大谷实也指出,抽象危险犯包括不以抽象危险的发生为要件的犯罪,也包括从一般经验看,尽管可能性极低,但也以发生某种法益侵害危险为必要的犯罪,后者可谓准抽象危险犯;但是,无论哪种抽象危险犯,都不能仅从构成要件的形式规定上进行判断,而必须根据具体构成要件的解释来确定,遗弃罪和毁损名誉罪即为准抽象危险犯。<sup>[18]</sup>

在德国的刑法理论中同样有类似准抽象危险犯的概念。例如,有德国学者认为,抽象危险犯和具体危险犯的传统二分说是过时的、简单的且易引起歧义,提出应当以所谓“具体危险性犯”作为传统二分说的补充,以避免在行为没有任何危险性的情况下,仅仅因为不服从而受到刑事制裁。<sup>[19]</sup>施罗德指出,德国刑法中“足以”造成某种危险条款所规定的危险犯,属于无法归入抽象危险犯和具体危险犯的混合类型;判断这种危险犯的危险,在特

[16] 参见前引[2],张明楷书,第611页以下,第622页以下,第628页,第652页,第654页,第987页;前引[2],周光权书,第142页,第144页以下,第153页,第161页,第182页,第185页,第364页;2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条;2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条。

[17] 参见[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版,第46页。

[18] 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2012年版,第113页。

[19] 转引自徐凯:《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第152页以下。

定情形下需依赖抽象危险因素与具体危险因素的结合,即进行“抽象—具体危险犯”的判断。<sup>[20]</sup>霍耶尔在施罗德研究的基础上,将上述“足以”条款规定的犯罪以及暗含以“足以”发生危险作为客观不法内涵的犯罪统称为“适格犯”,并主张适格犯应当作为介于具体危险犯和抽象危险犯之间的独立危险犯类型而存在,其危险性仍是需要结合具体案情来判断的行为危险。例如,对于达到醉驾标准的酒量超常者,若判断其醉驾行为并未达到不能安全驾驶的危险程度,则根据适格犯理论可排除危险驾驶罪的成立。<sup>[21]</sup>

## (二) 准抽象危险犯概念的引入

支持传统危险犯二分说的学者之所以陷入理论困境,是因为没有认识到介于具体危险犯和抽象危险犯之间的独立的危险犯类型。比如,相关刑法分则条文规定的“足以”型危险犯,就属于这种独立的危险犯类型,而非通说认为的具体危险犯。这是因为“‘足以……’只是对假药、食品、医用器材性质的要求,是为了限制处罚范围而设,并非表明是具体危险犯、构成犯罪以形成现实性的具体危险为条件;只要对象具有这种性质,即便只是生产了而并未销售,也已成立犯罪,也有必要作为犯罪予以打击”。<sup>[22]</sup>

纵观我国刑法分则条文,一共有5个“足以”型危险犯,即破坏交通工具罪,破坏交通设施罪,生产、销售不符合安全标准的食品罪,生产、销售不符合标准的医用器材罪以及非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪。支持二分说的学者一方面认为,这类犯罪属于具体危险犯,另一方面又认为,只要行为对象(包括组成犯罪行为之物)具有某种属性、行为达到某种程度,即便危险尚未达到现实化、紧迫的程度,就已经成立犯罪。这在理论上恐怕难以自洽。例如,有学者一方面认为,破坏交通工具罪是具体危险犯,另一方面又认为,只要对正在行驶(飞行)中、处于已交付可随时使用状态、处于不再需要检修便可以使用状态的交通工具的整体或者重要部件进行破坏,就足以使火车等交通工具发生倾覆、毁坏的危险,从而成立破坏交通工具罪。<sup>[23]</sup>按照这一逻辑,虽然破坏交通工具罪系具体危险犯,但是,即便半夜潜入公交车车库破坏汽车的刹车装置,不待发生现实化的危险,也已经构成破坏交通工具罪的既遂。再例如,有学者一方面认为,生产、销售不符合安全标准的食品罪属于具体危险犯,另一方面又认为,只要所生产、销售的食物,经鉴定含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的有害细菌或者其他污染物的,即可认定成立该罪;至于所生产、销售的不符合食品安全标准的食物是否已经被食用,是否实际危害了人体健康,对该罪的成立都没有影响。<sup>[24]</sup>也就是说,尽管生产、销售不符合安全标准的食品罪属于具体危险犯,但只要生产了不符合安全标准的食物,即便尚未销售,未对消费者的身体健康形成具体、紧迫的危险,也已经构成该罪的既遂。由此可见,支持二分说的学者虽以形式上的根据将“足以”型危险犯归入具体危险犯,但在具体的适用上却未坚守只有形成了具体、紧迫、现实的危险才成立相关犯罪的立场,因而

[20] 转引自[日]山口厚:《危险犯的研究》,东京大学出版会1982年版,第249页以下。

[21] 转引自李川:《适格犯的特征与机能初探:兼论危险犯第三类型的发展谱系》,《政法论坛》2014年第5期,第67页以下。

[22] 陈洪兵:《公共危险犯解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2011年版,第83页。

[23] 参见前引[2],张明楷书,第611页。类似观点,参见前引[2],黎宏书,第91页,第444页;阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2011年版,第150页,第342页。

[24] 参见前引[2],周光权书,第182页。

缺乏理论上的一贯性。

其实，将“足以”型危险犯归入具体危险犯，只是学者的“一厢情愿”，我国的司法实践并未将这类犯罪作为具体危险犯来对待，而是类似抽象危险犯那样进行认定。例如，2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《食品安全案件解释》）第1条指出，“生产、销售不符合食品安全标准的食品，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百四十三条规定的‘足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病’：（一）含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的；（二）属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的；（三）属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的；（四）婴幼儿食品中生产发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的；（五）其他足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形。”<sup>[25]</sup>也就是说，只要生产了准备用于销售的上述不符合安全标准的食品，即成立生产不符合安全标准的食品罪的既遂。

对此，笔者倾向于引入“准抽象危险犯”的概念，来描述这类除实施法律规定的行为外，还需在个案中进行一定程度的具体、实质性危险判断，从而介于抽象危险犯和具体危险犯之间的独立的危险犯类型。<sup>[26]</sup>一方面，这类犯罪更接近于抽象危险犯，只要行为具有某种危险属性即成立犯罪；另一方面，相对于盗窃枪支罪等典型的抽象危险犯，其行为是否具有危险，尚需在个案中结合对象的性质、行为属性等进行一定程度的具体判断，但这种危险又无需达到现实化、紧迫性的程度，从而也区别于放火罪等典型的具体危险犯。

除了上述5种“足以”型危险犯属于准抽象危险犯外，笔者认为，在传统二分说所认定的具体危险犯中，除刑法第114条规定的放火等罪、第330条规定的妨害传染病防治罪、第332条规定的妨害国境卫生检疫罪以及第337条规定的妨害动植物防疫、检疫罪，属于具体危险犯外，其余都属于准抽象危险犯。这样，我国刑法中属于准抽象危险犯的罪名就有：破坏交通工具罪，破坏交通设施罪，破坏电力设备罪，破坏易燃易爆设备罪，破坏广播电视设施、公用电信设施罪，非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪，盗窃、抢夺危险物质罪，抢劫危险物质罪，暴力危及飞行安全罪，非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售不符合标准的医用器材罪，非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪，污染环境罪。下面就将上述个别犯罪确定为准抽象危险犯的理由略作说明：

第一，将破坏电力设备罪、破坏易燃易爆设备罪、破坏广播电视设施、公用电信设施罪归入准抽象危险犯，是因为理论与实务均认为，为了与盗窃罪、故意毁坏财物罪等财产犯罪相区分，应将破坏的对象限定为正在使用中或者处于备用状态中；这恰好是对破坏行为本身的公共危险性的要求，而并非要求危险必须已经现实化、紧迫化。也就是说，成立

[25] 类似的司法解释规定还有2008年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》第21条，2008年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法采供血液等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

[26] 笔者已在近期的研究中提倡引入准抽象危险犯概念，但未展开详尽的理由。参见陈洪兵：《解释论视野下的污染环境罪》，《政治与法律》2015年第7期，第29页。

这些犯罪，对于危险性的要求，正好介于抽象危险犯和具体危险犯之间，因而将它们作为准抽象危险犯来把握，有利于合理划定处罚范围。

第二，之所以认为非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪以及盗窃、抢夺危险物质罪、抢劫危险物质罪属于准抽象危险犯，是因为相关刑法分则条文中“危害公共安全”要素的实际功能仅在于限定处罚范围，旨在将毒害性不大、没有危害公共安全之虞的危险物质排除在犯罪对象之外。而且从司法实践看，也是仅就对象本身的毒害程度进行认定，而未要求上述行为必须已经对公共安全造成了现实、紧迫的危险，方能成立上述犯罪。<sup>[27]</sup>

第三，之所以不同意将暴力危及飞行安全罪归入具体危险犯，是因为若要求对飞行中航空器上的人员使用暴力，必须达到使航空器发生倾覆、坠落的现实、紧迫的具体危险方能成立该罪，无疑会导致处罚过于延迟，不当缩小处罚范围，也与该罪较低的法定刑（基本犯的最高法定刑仅为5年有期徒刑，低于放火等罪基本犯的法定刑）不协调。反之，将暴力危及飞行安全罪定位为抽象危险犯，既要求暴力行为必须达到危及飞行安全的程度，又不要求这一危险必须紧迫、现实化，因而能够实现处罚范围的适当与合理。

第四，笔者反对将非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪归入具体危险犯的理由有如下几个：一是该罪的最高法定刑仅为3年有期徒刑，比作为抽象危险犯的非法持有、私藏枪支、弹药罪的最高法定刑（7年有期徒刑）要低，因此，若将其作为具体危险犯来对待，会导致罪刑不相适应；二是要求非法携带行为只有已经对公共安全形成了现实、高度、紧迫的危险才成立该罪，无疑过于限制了该罪的成立范围；三是该罪中的“危及公共安全”并非具体危险犯的标志，而是对携带的对象、行为人进入的场所性质本身的限制。除此而外，如前所示，司法实践中将在公共场所摆摊销售管制刀具的行为也认定为该罪的做法，更加说明了该罪并非具体危险犯。

第五，笔者为什么不同意将污染环境罪归入具体危险犯，<sup>[28]</sup>是因为：一则，若将该罪限定为具体危险犯，毫无疑问会因难以证明具体危险的存在而影响对污染环境犯罪的打击，从而有违《刑法修正案（八）》修订本罪以降低入罪门槛、增加可操作性、加大打击力度的立法初衷。<sup>[29]</sup>二则，该罪中“严重污染环境”的表述并非对行为的具体危险性的要求，而是与非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪中“危害公共安全”要素的功能相同，旨在限制处罚范围，将排放、倾倒、处置虽具有一定毒害性但不至于严重污染环境的行为排除在外。质言之，“严重污染环境”系对行为对象及行为性质本身的要求，而非要求污染环境的危险必须达到现实化的程度方能成立污染环境罪。三则，从司法实践看，只要在饮用水源一级保护区排放、违规大量排放、超标排放，就作为该罪定罪处罚，<sup>[30]</sup>这正好暗合了该

[27] 参见河南省偃师市人民法院（2009）偃刑初字第282号刑事判决书；广东省江门市中级人民法院（2013）江中法刑一终字第68号刑事裁定书；辽宁省本溪满族自治县人民法院（2014）本县刑初字第00251号刑事判决书；内蒙古自治区阿荣旗人民法院（2014）阿刑初字第20号刑事判决书；山东省即墨市人民法院（2014）即刑初字第40号刑事判决书。

[28] 有学者明确主张污染环境罪为具体危险犯。参见前引〔2〕，苏彩霞文，第31页；前引〔2〕，欧阳本祺文，第70页。

[29] 参见张军主编：《〈刑法修正案（八）〉条文及配套司法解释理解与适用》，人民法院出版社2011年版，第318页以下。

[30] 参见2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条。



罪作为准抽象危险犯的性质。

### 三、准抽象危险犯的司法认定

笔者对我国刑法中的准抽象危险犯进行如下分类：1. “足以”型危险犯，包括破坏交通工具罪，破坏交通设施罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售不符合标准的医用器材罪以及非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪等5个罪名；2. 破坏公用设施型危险犯，包括破坏电力设备罪，破坏易燃易爆设备罪，破坏广播电视设施、公用电信设施罪等3个罪名；3. 危险物质型危险犯，包括非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪，盗窃、抢夺危险物质罪，抢劫危险物质罪等3个罪名；4. 暴力危及飞行安全罪；5. 非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪；6. 污染环境罪。因篇幅所限，下面仅以破坏交通工具罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪，盗窃危险物质罪以及污染环境罪为例，结合实务中的判例，探讨准抽象危险犯的司法认定。

#### （一）破坏交通工具罪

在司法实践中，关于破坏交通工具罪，比较典型的是以下几类案件：1. 破坏汽车发动机、给汽车轮胎放气；2. 剪断汽车的刹车油管导致刹车失灵；<sup>[31]</sup> 3. 将三角铁钉摆放在公路上刺破他人汽车的轮胎。<sup>[32]</sup>

案例5：被告人李某放掉他人客运汽车一侧轮胎的气体，并将两矿泉水瓶的盐巴倒入该车发动机内，致使该车一侧两个轮胎干瘪以及发动机毁坏。被告人辩称其行为不足以使汽车发生倾覆、毁坏的危险，案件应定性为故意毁坏财物罪。但是，法院认为，被告人破坏公共汽车的重要部件，足以使公共汽车发生毁坏的危险，危害了公共安全，已经构成破坏交通工具罪。<sup>[33]</sup>

值得注意的是，司法实践中关于破坏汽车刹车装置的，既有被害人上路行驶中发现刹车失灵，发生了具体、紧迫、现实的危险，但因被害人及时采取手刹制动措施，或者采用降低档位的方法将汽车停下，从而避免了交通事故发生的案件；<sup>[34]</sup> 也有被害人未上路即发现刹车被破坏而没有形成具体、现实化的危险，法院根据行为人破坏的是正在使用中的汽车刹车装置的事实，认定破坏行为足以使汽车发生倾覆、毁坏的危险，从而成立破坏交通工具罪（既遂）的案件。<sup>[35]</sup>

案例6：被告人张某欲报复被害人郭某，于2013年12月8日19时许将郭某停放在楼

[31] 参见山西省太原市杏花岭区人民法院（2014）杏刑初字第276号刑事判决书；天津市北辰区人民法院（2014）辰刑初字第0231号刑事判决书。

[32] 司法实践中通常将这类案件定性为破坏交通工具罪。参见江西省萍乡市中级人民法院（2014）萍刑一终字第77号刑事判决书；广西壮族自治区贺州市中级人民法院（2014）贺刑终字第51号刑事裁定书。但是，笔者认为，向正在运营中的公路上面抛洒三角铁钉等障碍物，破坏了道路作为交通设施的功能的发挥，因此，此类案件宜认定为破坏交通设施罪。

[33] 参见福建省南安市人民法院（2014）南刑初字第1432号刑事判决书。

[34] 参见江苏省常州市中级人民法院（2014）常刑终字第46号刑事裁定书；山西省太原市杏花岭区人民法院（2014）杏刑初字第276号刑事判决书。

[35] 参见贵州省开阳县人民法院（2015）开刑初字第18号刑事判决书；湖北省宜城市人民法院（2014）鄂宜城刑初字第00079号刑事判决书。

下的汽车左侧刹车油管剪断。次日9时许,被害人郭某欲驾车离开时发现刹车失灵,遂报案。法院认为,“被告人张某破坏他人汽车刹车系统,足以使汽车发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果,其行为已构成破坏交通工具罪。”<sup>[36]</sup>应该说,驾车上路前及时发现刹车遭破坏而放弃驾驶的,尚未形成使汽车倾覆、毁坏的现实、紧迫的具体危险,但法院依然认定破坏汽车刹车的行为成立刑法第116条规定的破坏交通工具罪的既遂。

案例7:被告人谢某将他人停放在路边的现代牌轿车左后轮制动油管剪断,随即逃离现场。法院认为,“被告人谢某采用割断制动油管的方式破坏汽车,足以导致该车发生倾覆、毁坏危险,其行为已构成破坏交通工具罪。”<sup>[37]</sup>本案中,法院并未就破坏汽车刹车的行为是否造成了使汽车倾覆、毁坏的具体、高度、紧迫的危险进行判断,而仅根据破坏汽车刹车这一事实,即认为其行为足以导致使汽车倾覆、毁坏的危险,从而成立刑法第116条规定的破坏交通工具罪的既遂。

由此可见,破坏交通工具罪中“足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险”要素的功能仅在于,区分作为公共危险犯的破坏交通工具罪与作为财产犯罪的盗窃罪、故意毁坏财物罪。<sup>[38]</sup>只要行为人的破坏行为足以导致使交通工具倾覆、毁坏的危险,如破坏汽车的刹车装置,即使汽车尚未上路,没有形成具体、现实、紧迫的危险,也已经成立刑法第116条规定的破坏交通工具罪的既遂。质言之,半夜潜入公交车车库破坏公交车的刹车装置,即使离司机上班还有几个小时,危险尚未现实化,也能以刑法第116条规定的破坏交通工具罪的既遂论处。

这里有必要探讨一下危险犯的中止问题。对于已经造成危险状态,但在实害结果发生之前,主动消除危险以避免实害的,应如何处理?目前理论上既有既遂说、实害犯中止说以及危险犯中止说等观点。<sup>[39]</sup>在笔者看来,争论的核心问题在于两点:一是主动消除危险以避免实害的,是否值得作为犯罪中止予以“奖励”;二是如何具体适用刑法规定。

关于第一个问题,不妨如此设想:即便是杀人行为,也有成立犯罪中止的余地,例如向被害人的茶杯中投毒后又主动送医使被害人得救的,无疑成立故意杀人罪的中止,更何况法定刑相对较轻的公共危险犯。所以,对于危险犯,应当肯定行为人主动消除危险以避免实害的,应当作为犯罪中止来处理。

至于如何适用刑法规定,只要与故意杀人罪进行比较,就不难得出妥当的结论。对于故意杀人罪的中止,显然应当适用故意杀人罪的基本法定刑(死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑),同时适用刑法第24条“对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚”的规定进行处理:造成损害而减轻处罚的结果是在3年以上10年以下有期徒刑的幅度内判处。至于公共危险犯的中止,笔者认为,为了与故意杀人罪中止的处理相协调,对于仅仅造成了危险状态而未造成实际损害结果的,仍然应当认定为

[36] 参见天津市北辰区人民法院(2014)辰刑初字第0231号刑事判决书。

[37] 参见贵州省开阳县人民法院(2015)开刑初字第18号刑事判决书。

[38] 可以举一个形象的例子予以说明:倘若行为人卸掉了大卡车双排车轮中的一个,因为存在卡车启动的可能性,从而会危及交通运输安全,故能够成立破坏交通工具罪。但是,如果行为人卸掉了大卡车所有的车轮,由于卡车不可能启动,从而不会发生卡车在运行中倾覆、毁坏的危险,所以,不可能成立破坏交通工具罪,而仅可能成立盗窃罪或者故意毁坏财物罪。

[39] 参见陈建桦、杜国伟:《危险犯既遂后中止问题新解》,《中国刑事法杂志》2013年第6期,第3页。

“没有造成损害”而予以免除处罚；如果造成了该罪刑规范所欲阻止的结果，如轻伤、公私财产的较大损失等，则应当认定为“造成损害”而予以减轻处罚。但由于刑法第114条放火等罪公共危险犯的规定相当于未遂犯的既遂犯化，<sup>[40]</sup>即已经对相当于犯罪未遂的情形规定了独立的法定刑，为了与有责性相对较重的未遂犯的处罚相协调，对于公共危险犯的中止，应当以公共危险犯的基本法定刑作为减轻处罚的基准，如刑法第114条放火等罪中止的减轻处罚应当是在3年以下有期徒刑（不包括3年有期徒刑）的幅度内判处刑罚。否则，容易造成罪刑上的不均衡。例如，甲向公共建筑物放火后，被害人死里逃生摔成轻伤的，对甲适用3年以上10年以下有期徒刑的法定刑幅度，而对于乙实施同样的放火行为后积极主动救助被害人，最终仅造成被害人轻伤结果的，若以刑法第115条第1款规定的法定刑（10年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑）作为减轻处罚的基准，将导致乙与甲可能受到同样的处罚。显然，两相比较，罪刑上的不均衡至为明显。所以，对于公共危险犯的中止，减轻处罚的法定刑基准应当是基本犯（危险犯）的法定刑。

这样处理的确可能导致与故意杀人罪中止的处理不相协调。例如，行为人出于杀人的故意致人轻伤后中止犯罪，对其减轻处罚的结果是在3年以上10年以下有期徒刑的法定刑幅度内处罚；相反，放火后及时灭火但仍然造成他人轻伤的，对行为人减轻处罚的结果是在3年以下有期徒刑的幅度内处罚。对此，笔者认为，故意杀人致人轻伤后中止虽然成立故意杀人罪的中止，但同时也成立故意伤害罪，因而宜以故意伤害罪（轻伤）定罪量刑，<sup>[41]</sup>这样就能够与放火罪等公共危险犯中止的处罚相协调。

而关于破坏交通工具罪的中止，有学者认为，行为人将足以导致火车倾覆的大石头放置于铁轨上，在火车到来之前又主动移走石头的，应当认定为犯罪中止，适用刑法第116条以及刑法总则关于中止犯的处罚规定。<sup>[42]</sup>对此，另有学者认为，“行为人把石头搬运到铁轨上后，‘坐在一旁观看’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。”其进一步指出，如果将例子改变为，老农牵着牛过铁道时有意让牛休息一会，在火车到来前将牛牵走，没有人会认为农夫的行为已经引起了具体危险状态，因而“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”。<sup>[43]</sup>

笔者认为，上述否定成立犯罪中止的论证存在疑问。在老农有意让牛在铁道上休息一会的情况下，显然已经造成了危险状态，只不过因为缺乏制造危险的故意而仅属于过失危险犯，因此不处罚而已。如若在火车到来之前，牛因受惊吓而一动不动，老农未能在火车到来时将牛牵走而导致列车运营重大事故的，老农的行为无疑构成过失损坏交通设施罪或者交通肇事罪。那种认为只要危险处于可控状态，就不存在行为人自动阻止侵害结果发生

[40] 参见张明楷：《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》，《政法论坛》2012年第6期，第133页。

[41] 这样处理也有助于与故意杀人中止但造成重伤结果的处罚相协调。例如，甲杀人后积极送医，最终导致被害人轻伤，而乙杀人后积极施救但还是造成了被害人重伤。倘若均以故意杀人罪的基本法定刑为基准来减轻处罚，则均应在3年以上10年以下有期徒刑的法定刑幅度内判处刑罚，因此二者在处罚上可能会没有区别。而只有对甲适用故意伤害罪（轻伤）的法定刑，对其在3年以下有期徒刑的法定刑幅度内判处刑罚，对乙适用故意伤害罪（重伤）的法定刑，对其在3年以上10年以下有期徒刑的法定刑幅度内判处刑罚，对二者的处罚才能协调。

[42] 参见前引[2]，张明楷书，第612页。

[43] 参见前引[2]，欧阳本祺文，第77页，第79页。

从而成立犯罪中止的余地的观点，实际上堵死了公共危险犯行为人的悔过自新之路。例如，行为人向被害人的酒杯中投毒后，一直在旁观看，直至被害人就要举杯痛饮时，行为人主动打翻酒杯。尽管在这一场合剥夺他人生命的危险始终处于行为人的控制之下，但没有人会否认行为人成立故意杀人罪的中止，从而应当予以免除处罚，而不是认定行为人成立故意杀人罪的未遂或者预备。所以，应当承认形成危险状态后行为人主动消除危险以避免实害的，可以成立犯罪中止，并应以基本犯（危险犯）的法定刑为基准减轻或免除处罚。

与笔者的主张相应，司法实践也承认破坏交通工具罪的中止。

案例8：被告人丁某于2013年7月30日凌晨1时许，携带工具准备拧松被害人付某轿车的刹车螺丝时，因想到出了人命自己要抵命而自动放弃了犯罪。法院认为，“该起犯罪是犯罪中止，且未造成损害，对被告人丁某的该起犯罪，应当免除处罚。”〔44〕当然，本案中因行为人尚未实际破坏汽车的刹车装置，从而未形成公共危险，所以，严格说来应属于破坏交通工具罪预备阶段的中止。

## （二）生产、销售不符合安全标准的食品罪

司法实践中，生产、销售不符合安全标准的食品罪主要有以下几类案件：1. 超量使用食品添加剂。例如，加工食品时超量使用亚硝酸盐；〔45〕生产油条食品时超量使用复合膨松剂，致使油条中铝残留量超标；〔46〕在生产土豆粉的过程中超量添加食用明矾（硫酸铝钾），致使食品中铝残留量超标。〔47〕2. 添加国家禁止添加的添加剂。例如，加工面包时添加国家禁止添加的含铝泡打粉，致使面包中铝残留量严重超标。而经食品安全鉴定，长期大量食用铝残留量超标较高的食品，足以造成严重食物中毒或其他严重食源性疾病。〔48〕3. 使用工业盐腌制食品。〔49〕4. 加工、销售病死猪肉。〔50〕5. 加工、销售国家禁止生产、销售的有毒的织纹螺、毛蚶等食品。〔51〕

虽然传统的危险犯二分说以相关刑法分则条文中“足以……”的规定为根据，认为生产、销售不符合安全标准的食品罪属于具体危险犯，但无论是《食品安全案件解释》还是司法判例，一般认为只要生产或者销售了不符合安全标准的食品，就成立该罪的既遂。

案例9：被告人林某在经营早餐店时，使用含铝泡打粉制作面点出售。浙江省苍南县食品药品监督管理局对该早餐店进行抽样检查，从抽检的面点中检测出铝的含量为428.3mg/kg。经食品安全鉴定，长期大量食用该铝残留量超标较高的馒头，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病。法院据此认为，“上诉人林某在生产、销售食品过

〔44〕 参见湖北省宜城市人民法院（2014）鄂宜城刑初字第00079号刑事判决书。

〔45〕 参见江苏省新沂市人民法院（2015）新刑二初字第00065号刑事判决书。

〔46〕 参见广东省佛山市顺德区人民法院（2015）佛顺法刑初字第664号刑事判决书。

〔47〕 参见河北省涉县人民法院（2015）涉刑初字第9号刑事判决书。

〔48〕 参见浙江省平阳县人民法院（2015）温平刑初字第163号刑事判决书；浙江省温州市中级人民法院（2015）浙温刑终字第228号刑事裁定书。

〔49〕 参见河南省获嘉县人民法院（2014）获刑初字第232号刑事判决书；河北省黄骅市人民法院（2015）黄刑初字第71号刑事判决书。

〔50〕 参见湖南省汉寿县人民法院（2014）汉刑初字第247号刑事判决书；福建省长汀县人民法院（2014）汀刑初字第219号刑事判决书；广东省肇庆市中级人民法院（2015）肇中法刑一终字第26号刑事裁定书。

〔51〕 参见浙江省宁波市江东区人民法院（2015）甬东刑初字第56号刑事判决书；上海市第二中级人民法院（2015）沪二中刑终字第76号刑事裁定书。

程中，滥用食品添加剂，足以造成严重食源性疾病，其行为已构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。”<sup>[52]</sup>很显然，法院以“经食品安全鉴定，长期大量食用该铝残留量超标较高的馒头，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”为据，直接认定成立该罪，而未要求行为人的行为已经对消费者的身体健康形成了具体、紧迫、现实的危险。

按照笔者将生产、销售不符合安全标准的食品罪把握为准抽象危险犯的立场，生产行为也是该罪独立的实行行为，因此，只要生产了准备用于销售的不符合安全标准的食品，即便尚未销售，或者难以查明是否已经销售，也可以直接认定成立生产不符合安全标准的食品罪的既遂。但是，司法实践中还是有法院认为，在生产而未销售的场合，行为人仅成立生产、销售不符合安全标准的食品罪的未遂。

案例 10：被告人陈某收购了两头快死的生猪，又拾得一头死猪，经屠宰加工后，将 323.5 千克病死猪肉装上车准备销售，但在运输猪肉途中被查获。经湖南省汉寿县动物卫生监督所检疫，所查获的猪肉属于检疫不合格产品。法院认为：“被告人陈某违反国家食品卫生安全法规，销售检验检疫不合格猪肉，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，其行为已构成生产、销售不符合安全标准的食品罪”；并且，“被告人陈某已着手实行犯罪，但因意志以外的原因而未得逞，属犯罪未遂。”<sup>[53]</sup>应当认为，为严厉打击食品安全犯罪，只要生产了准备用于销售的不符合安全标准的食品，就值得以生产不符合安全标准的食品罪的既遂论处。本案中，被告人陈某已经对病死猪肉进行了屠宰加工，完成了生产行为，并且准备出售，而病死猪肉属于不符合安全标准的食品，所以，对陈某应以生产不符合安全标准的食品罪的既遂来处罚。

另外值得注意的是，司法实践中，同样是在食品加工中添加国家禁止添加的添加剂，有的却被定性为生产、销售有毒、有害食品罪。例如，在加工牛百叶、牛肚的过程中，添加对人体有害的甲醛溶液（俗称“福尔马林”）；<sup>[54]</sup>在加工鸡爪的过程中，添加国家禁止添加的有毒有害物质过氧化氢；<sup>[55]</sup>在生产豆芽的过程中，添加国家禁止添加的“AB 粉”、“无根剂”等添加剂；<sup>[56]</sup>在加工凉皮的过程中，添加国家禁止使用的非食用物质硼砂。<sup>[57]</sup>对于同样属于违规添加亚硝酸盐的案件，也有被定性为生产、销售有毒、有害食品罪的。<sup>[58]</sup>

由此可见，司法实践中有时并未严格区分不符合安全标准的食品与有毒、有害食品，只要所生产的食品经鉴定属于不符合安全标准的食品，就认定“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”，而生产、销售有毒、有害食品罪是公认的抽象危险犯。这充分说明，刑法第 143 条生产、销售不符合安全标准的食品罪中“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”要素的功能仅在于限制处罚范围。换言之，这一要素意指所生产或者销售的食品的危害性必须达到足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的程度，而这其实是对所生产、销售食品的属性的要求，《食品安全案件解释》也肯定了

[52] 参见浙江省温州市中级人民法院（2015）浙温刑终字第 228 号刑事裁定书。

[53] 参见湖南省汉寿县人民法院（2014）汉刑初字第 247 号刑事判决书。

[54] 参见福建省泉州市丰泽区人民法院（2002）丰刑初字第 22 号刑事判决书。

[55] 参见陕西省旬阳县人民法院（2014）旬阳刑初字第 00086 号刑事判决书。

[56] 参见广东省佛山市顺德区人民法院（2015）佛顺法刑初字第 265 号刑事判决书。

[57] 参见山东省夏津县人民法院（2014）夏刑初字第 113 号刑事判决书。

[58] 参见河南省洛阳市洛龙区人民法院（2015）洛龙刑初字第 07 号刑事判决书。

这一点。因此,生产、销售不符合安全标准的食品罪不属于具体危险犯,而是准抽象危险犯。而且,该罪作为选择性罪名就意味着,生产行为系独立的实行行为,生产而未销售的(但准备用于销售),可以成立生产不符合安全标准的食品罪的既遂。这样理解有助于减轻控方的证明负担,从而更有效地打击食品安全犯罪。

### (三) 盗窃危险物质罪

传统的危险犯二分说以盗窃、抢夺危险物质罪罪状中存在“危害公共安全”的表述,即认为该罪“属于具体危险犯,需要根据危险物质的种类、盗窃与抢夺的行为方式等具体判断是否具有公共危险”。<sup>[59]</sup>由此,不仅要完成盗窃危险物质的行为,而且要已经对不特定或者多数人的身、财产安全形成了具体、紧迫、现实的危险,才能论以盗窃危险物质罪的既遂。可是司法实践中,只要行为人盗窃了氰化钠、<sup>[60]</sup>装有放射性物质的探伤仪、<sup>[61]</sup>含铜废液、<sup>[62]</sup>内含放射源镅的测厚仪等危险物品,<sup>[63]</sup>即认定相应行为“危害公共安全”,从而构成盗窃危险物质罪的既遂。

案例11:被告人胡某于2009年10月13日16时许,潜入某电镀厂仓库窃得氰化钠5.5公斤,储藏于其暂住处。法院认为,“被告人胡某秘密窃取毒害性物质,危害公共安全,其行为显已触犯刑律,构成盗窃危险物质罪。”<sup>[64]</sup>

案例12:被告人许某于2013年12月15日23时许,至河北省霸州市辛章办事处美宏轧钢厂,窃得内含放射源镅的测厚仪一个。法院认为,“被告人许某盗窃放射性物质,危害公共安全。其行为已构成盗窃危险物质罪。”<sup>[65]</sup>

上述判例中,法院并未就盗窃行为本身是否已经对公共安全形成现实、紧迫的具体危险进行判断,而是仅仅根据行为人所盗窃的是足以危害公共安全的毒害性、放射性物质的事实,即认定行为人成立盗窃危险物质罪的既遂(该罪的既遂、未遂标准与盗窃罪相同<sup>[66]</sup>)。这充分说明,盗窃危险物质罪中“危害公共安全”要素的功能仅为限制处罚范围,旨在将盗窃了虽具有一定毒害性、放射性但尚不足以危害公共安全的危险物质的行为排除在本罪的成立范围之外;或者说,该要素旨在区分本罪与盗窃罪,而非表明盗窃危险物质罪属于具体危险犯,只有已经对不特定或者多数人的身、财产安全形成了具体、紧迫、现实的危险,才能成立该罪的既遂。是故,盗窃危险物质罪属于准抽象危险犯,只要所盗窃的对象的毒害性、放射性足以危害公共安全,即成立该罪。

### (四) 污染环境罪

《刑法修正案(八)》将1997年刑法第338条重大环境污染事故罪中的“造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”修改为“严重污染环

[59] 参见前引[2],张明楷书,第624页。

[60] 参见山东省即墨市人民法院(2014)即刑初字第40号刑事判决书;上海市奉贤区人民法院(2010)奉刑初字第69号刑事判决书;辽宁省沈阳市中级人民法院(2014)沈中刑二终字第356号刑事裁定书。

[61] 上海市金山区人民法院“王德利盗窃危险物质案”,[http://www.lawyee.net/Case/Case\\_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=&RID=297045#](http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=&RID=297045#),2015年5月3日访问。

[62] 参见广东省深圳市福田区人民法院(2007)深福法刑初字第750号刑事判决书。

[63] 参见河北省霸州市人民法院(2014)霸刑初字第146号刑事判决书。

[64] 参见上海市奉贤区人民法院(2010)奉刑初字第69号刑事判决书。

[65] 参见河北省霸州市人民法院(2014)霸刑初字第146号刑事判决书。

[66] 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2014)沈中刑二终字第356号刑事裁定书。

境”。为此，理论与实务普遍认为，此次修改降低了入罪门槛，增强了可操作性，扩大了处罚范围，加大了打击力度。<sup>[67]</sup> 不过，关于污染环境罪属于何种犯罪类型，理论与实务争议不断。有的认为属于行为犯，<sup>[68]</sup> 有的主张系结果犯，<sup>[69]</sup> 有的声称应归为危险犯，<sup>[70]</sup> 有的指出应属于具体危险犯，<sup>[71]</sup> 有的认为是实害犯，<sup>[72]</sup> 有的则主张其属于情节犯。<sup>[73]</sup> 还有人指出，2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《环境污染案件解释》）第1条规定中的前5种情形属于危险犯，后9种情形属于典型的实害犯。<sup>[74]</sup> 表面上看，上述分歧是关于污染环境罪的犯罪类型归属之争，但究其实质，是关于污染环境罪的成立条件与处罚范围之争。

笔者认为，污染环境罪属于准抽象危险犯。“严重污染环境”既是对所排放、倾倒、处置的对象（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）的毒害性程度的要求，也是对非法排放、倾倒、处置行为本身的限定。<sup>[75]</sup> 也就是说，污染环境罪中的“严重污染环境”相当于破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、生产、销售不符合安全标准的食品罪中的“足以……”，以及非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪、盗窃、抢夺危险物质罪、抢劫危险物质罪中“危害公共安全”的规定。因为在现实生活中，无论是企业还是个人都可能程度不同地排放、倾倒、处置了具有一定放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，但是，只要不超过国家规定的排污标准、没有超越环境本身的自净能力，尚不足以造成严重污染环境的后果，就不值得论以污染环境罪。《环境污染案件解释》第1条前5项规定，在一定地点、超过一定数量、超过排污标准或者以一定的方式排放、倾倒、处置的，即成立污染环境罪。这些规定要么是对排放、倾倒、处置行为本身的限定，要么是对所排放、倾倒、处置的对象的毒害性程度的要求。《环境污染案件解释》第1条的后9项也是通过对人身、财产损失程度的描述，来限定值得科处刑罚的排放、倾倒、处置有毒有害物质行为所应具备的“严重污染环境”的性质程度。

而从司法实践看，只要在一定地点、以一定方式、超过一定数量或者超过排污标准，

[67] 参见高铭暄、陈璐：《〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉解读与思考》，中国人民大学出版社2011年版，第124页；王作富主编：《刑法分则实务研究》下，中国方正出版社2013年版，第1389页；前引〔29〕，张军主编书，第318页。

[68] 参见李尧：《如何界定污染环境罪中的“处置”行为》，《中国检察官》2014年第4期，第76页。

[69] 参见单民：《浅析达标排污致损负刑事责任的理论可能性》，《法学杂志》2013年第5期，第24页；郭世杰：《从重大环境污染事故罪到污染环境罪的理念嬗递》，《中国刑事法杂志》2013年第8期，第49页；张云飞：《污染环境罪立法完善问题研究》，《重庆理工大学学报（社会科学版）》2013年第5期，第51页。

[70] 参见陈君：《论疫学因果关系在污染环境罪中的适用》，《北京理工大学学报（社会科学版）》2011年第6期，第101页；前引〔67〕，高铭暄等书，第124页。

[71] 参见前引〔2〕，欧阳本祺文，第70页。

[72] 参见栗相恩：《污染环境罪探析》，《兰州学刊》2012年第4期，第154页；姜俊山：《论污染环境罪之立法完善》，《法学杂志》2014年第3期，第94页；苏永生：《污染环境罪过形式之体系解释》，《山东警察学院学报》2014年第3期，第57页。

[73] 参见刘清生：《论污染环境罪的司法解释》，《福州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期，第70页。

[74] 参见苏永生：《刑法解释的限度到底是什么：由一个司法解释引发的思考》，《河南大学学报（社会科学版）》2014年第1期，第70页。

[75] 《环境污染案件解释》第1条第2项规定，“非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上”才属于“严重污染环境”，这就是对行为的要求；同条第3项要求超标3倍以上排污才属于“严重污染环境”，这是对所排放的对象的毒害性程度的限定。

排放、倾倒或者处置可能严重污染环境的放射性废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，即成立污染环境罪。例如，超过国家标准排放含有铬、锌等重金属的电镀加工的废水，<sup>[76]</sup> 违规填埋电镀污泥，<sup>[77]</sup> 将超过国家标准的含有毒害性物质的工业废液、废物直接排放、倾倒于河流、土壤中，<sup>[78]</sup> 非法对医疗废物进行碎粉、分拣。<sup>[79]</sup> 在这些案件中，法院并未具体判断是否已经形成了严重污染环境的现实、紧迫的具体危险，更未要求已经造成严重污染环境的实际后果，而是根据非法排放、倾倒、处置了可能严重污染环境的毒害性物质的事实，直接认定成立污染环境罪的既遂。

---

**Abstract:** Traditional theory that distinguishes between concrete potential damage offense from abstract potential damage offense by such key words as “enough to” and “endanger public security” is self-contradictory. On the one hand, it holds that dangers in concrete potential damage offense must be very specific and imminent, on the other hand, it gives up the determination of specific potential damage in concrete potential damage offense cases. There should exist between concrete potential damage offense and abstract potential damage offense a quasi-abstract potential damage offense, which needs to be determined according to the standard of concrete and substantial danger. The current Chinese Criminal Law provides for the following quasi-abstract potential damage offenses: five kinds of potential damage offense described by the key word “enough to”, three kinds potential damage offense involving dangerous substances, three kinds of potential damage offense of sabotaging public facilities, one kind of offence of endangering flight safety by means of violence, one kind of offense of endangering public safety by illegal possession of firearms, and one kind of offense of environmental pollution. Expressions used to describe these crimes, such as “enough to”, “endangering public safety”, “endangering flight safety” and “seriously polluting the environment”, are the requirements on the nature of the object of offence or the offence itself. They are aimed at distinguishing such offences from theft, intentional destruction of property and other relevant crimes, but do not mean that these offences can be constituted only if real, imminent and concrete potential damage has been caused.

**Key Words:** concrete potential damage offense, abstract potential damage offense, quasi-abstract potential damage offense

---

[76] 参见浙江省乐清市人民法院（2014）温乐刑初字第615号刑事判决书；广东省深圳市宝安区人民法院（2014）深宝法龙刑初字第324号刑事判决书；江苏省泰州市姜堰区人民法院（2014）泰姜环刑初字第0001号刑事判决书。

[77] 参见江苏省太仓市人民法院（2013）太刑初字第0617号刑事判决书。

[78] 参见山东省鄄城县人民法院（2014）鄄刑初字第135号刑事判决书；广东省茂名市茂南区人民法院（2014）茂南法刑初字第163号刑事判决书；江苏省淮安市中级人民法院（2014）淮中环刑终字第0001号刑事判决书。

[79] 参见江苏省宿迁市宿城区人民法院（2014）宿城生刑初字第0006号刑事判决书。