

# 论危险犯的既遂后自动恢复<sup>\*</sup>

闫雨

**【提要】**危险犯作为我国刑法分则中存在的一种犯罪类型,往往以危险状态的出现作为其既遂的标志。对危险犯既遂后,行为人主动消除危险状态的行为性质,学界存在“犯罪中止说”和“酌定量刑情节说”两种学说。“犯罪中止说”有违刑法的基本原则与基本理念,容易造成理论上的混乱。“酌定量刑情节说”会导致刑罚过重,有违罪责刑相适应原则,有违刑法的谦抑性。这种行为应是一种典型的既遂后自动恢复行为。承认既遂后自动恢复,有利于维护刑法理论、实现司法公正。我国在今后的立法中应当对既遂后自动恢复予以明确。

**【关键词】**危险犯 危险状态 既遂后自动恢复

**【中图分类号】**DF711 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2015)05-0091-05

## 一、危险犯是否存在既遂及既遂标准探析

### 1. 危险犯是否存在既遂问题探析

对于危险犯是否存在既遂的问题,我国刑法学界存在否定说与肯定说两种观点。

笔者认为,危险犯存在既遂状态,是犯罪既遂的类型之一。理由如下:

首先,从我国刑法总则关于犯罪未完成形态的相关规定可以推知,我国刑法分则的规定应当是以既遂为模式的。这也是我国刑法理论的通说。由此,犯罪既遂与否的标准在于,行为是否符合刑法规定的全部构成要件。具备了全部构成要件的,成立犯罪既遂;反之,成立犯罪的未完成形态。危险犯中的一系列具体罪名作为刑法分则明文规定的犯罪,自然存在犯罪既遂。

其次,从保护法益的角度出发,应当认可

危险犯存在既遂状态。从刑法分则关于危险犯的规定可以看出,危险犯涉及的大多是严重危害公共安全的犯罪。这类犯罪一旦发生实害性后果,对法益的侵害是十分严重的。所以对于危险犯特别是涉及重大公共安全的危险犯,如果要实害后果出现才认为成立犯罪既遂,显然不利于保护法益。并且根据刑法规定,犯罪的主观心态分为故意与过失。其中故意又可详细划分为直接故意和间接故意。除直接故意犯罪以外,刑法对于间接故意犯罪以及过失犯罪均不处罚其未完成形态。在这种情况下,如果将危险犯特别是涉及重大公共安全的危险犯的既遂设定为危害结果的发生,就会出现行为人出于间接故意的心理或者过失的心理实施的危险行

<sup>\*</sup> 基金项目:2015年广州市哲学社会科学“十二五”规划项目(15G51)、广东警官学院青年骨干教师培养计划资助(2015QNGG01)。

为,如果仅造成了危险状态而没有出现危害结果,就不能予以处罚的局面,这显然不利于保护法益。虽然刑法在危险犯的立法上突破了间接故意犯罪与过失犯罪以危害结果为要件的传统认识,但是在形式上却又避免了与传统刑法理论的正面冲突。除此之外,我国刑法总则对于预备犯也规定了相应的处罚原则,表明了我国刑法对于预备犯原则上都要处罚的立场,如果认为危险状态的出现不足以认定为成立犯罪,必须等到危害结果出现才成立犯罪,显然造成了法律规定的协调,有违罪责刑相适应原则。

再次,否认危险状态的出现是危险犯既遂的标志,认为危险状态的出现仅仅是危险犯成立的标志的观点,实际上是对德日刑法理论的误解。在德国和日本,刑法原则上只处罚既遂犯,所以,犯罪成立与犯罪既遂是在同一个意义上使用的两种不同表达方式。但是这种理解不能直接套用到我国刑法上来。因为我国刑法对于犯罪预备、犯罪未遂等犯罪未完成形态,都规定了相应的处罚原则,在这种情况下,将危险犯中的危险状态解释为犯罪成立的标志显然不合适。这样解释对于罪过形式是间接故意与过失的危险犯不存在任何问题,<sup>①</sup>但是,对于罪过形式是直接故意的危险犯来说,在行为人实施了危险犯规定的行为,却没有造成危险状态的情况下,就不能认定为犯罪的未完成形态,不能进行处罚。这对于大多数法益是重大公共安全的危险犯而言,不作为犯罪处理显然与罪责刑相适应原则的基本精神相违背。

综上,危险犯与行为犯、实害犯等犯罪形态是并列的关系,都是要在具体的司法实践中予以认定的犯罪形态,与行为犯和实害犯一样,均以既遂为模式规定在刑法分则之中。

## 2. 危险犯既遂标准问题分析

关于危险犯的既遂标准,我国刑法学界主要有“犯罪目的实现说”、“危险状态发生说”、“犯罪结果发生说”与“脱离自力控制说”四种学说。

笔者倾向“危险状态发生说”。主要理由是:第一,从危险犯的定义分析,危险犯是以行为人实施的危害行为造成了法律规定的发生

某种危害后果的危险状态的犯罪。可见,危险状态的出现是危险犯既遂的标准。第二,从我国刑法分则的立法模式分析,犯罪既遂模式是包括我国在内的世界上绝大多数国家刑法分则条文的规定模式。危险犯作为刑法分则规定的一类犯罪,自然也不例外。以破坏交通设施罪、放火罪为例,我国刑法对于这两个罪名均规定了在尚未造成严重后果的情况下就应当承担相应的刑事责任,这表明只要发生危险状态,危险犯就达到既遂的程度。第三,结果犯中的结果应作广义理解。既包括危害结果也包括危险结果。从这个意义上来分析,危险犯也是结果犯,危险状态的出现可以理解为危险犯的结果。第四,刑法中规定的大部分危险犯的确是实害犯的未遂形态,不过由于这类实害犯的未遂形态具有严重的社会危害性,所以,从惩罚犯罪的角度出发,刑法将这类实害犯的未遂形态规定为一类独立的犯罪。作为刑法分则规定的一类独立的犯罪,自然应当依据刑法分则具体条文的规定确定既遂的标准。第五,“危险状态发生说”提出的危险犯的既遂标准十分明确,危险状态的出现与否很容易判断,易于司法实践中准确把握与操作。

## 二、既遂后自动恢复之提出

在明确了危险犯存在既遂,危险状态的出现是危险犯既遂标准的前提下,有必要对行为人主动消除危险状态,避免危害结果发生的行为性质进行认定。对此,刑法学界存在着“酌定量刑情节说”与“犯罪中止说”两种观点。

笔者认为,酌定量刑情节说坚持危险犯已经既遂的情况下,不能再成立犯罪中止的观点符合刑法的基本原理,避免了刑法理论上的混乱,这是值得肯定的。但是按照酌定量刑情节说的观点,犯罪已然既遂的情况下,行为人主动消除危险状态的行为就只能按照酌定的量刑情节予以处理,会导致刑罚过重,从这一点上看,酌定量刑情节说无法满足刑法关于公正的要求。此外,酌定量刑情节说中提出的将犯罪

<sup>①</sup> 王志祥著:《危险犯研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第19页。

分为事实层面和法律层面的观点，其具体的划分标准含糊不清，难以在司法实践中操作。

犯罪中止说旨在给犯罪人以公正、宽缓的刑罚待遇，这样宽缓的待遇符合人们对于刑法公正的诉求。不过犯罪中止说架空了刑法总则关于犯罪中止的规定，影响了刑法的严肃性。具体而言，犯罪中止说中的实害犯中止说，一方面认可危险状态的出现是危险犯既遂的标志，另一方面又认为在特定情形下危害结果的出现是危险犯既遂的标志，从而导致危险犯双重既遂标准的出现，这显然从实质上否认了犯罪既遂标准的法定性。犯罪中止说中的危险犯中止说，在肯定危险犯已经既遂的前提下，还认为可以存在犯罪中止的观点，混淆了观念上的中止与刑法上所规定的犯罪中止，容易造成包括犯罪既遂在内的犯罪停止形态理论上的混乱。

其实，行为人主动消除危险状态，避免危害结果发生的行为，使得犯罪行为的社会危害性以及行为人的主观恶性、人身危险性程度均有所减轻，<sup>①</sup>基于刑法的谦抑性，对这类行为人一般没有动用刑罚的必要。从这一点上看，酌定量刑情节说的缺陷十分明显。犯罪中止说虽然能够给予行为人相对公正的刑罚，但是无法给出行为人主动消除危险状态的行为减轻处罚的合理依据。其实，对于危险犯既遂后，行为人主动消除危险状态，防止危害结果发生的行为的性质并非只有酌定量刑情节与犯罪中止两种解释，在这里有必要引入一个新的概念——既遂后自动恢复，以此解释危险犯既遂后，行为人主动消除危险状态的行为性质。所谓既遂后自动恢复，是指行为人在实施犯罪之后被追诉之前，自愿采取有效的手段和措施，挽回和补救了其先前的犯罪行为所造成的法益损害的行为。鉴于这类行为在避免危害结果发生方面的积极作用以及与犯罪中止在性质上的根本区别，应当赋予其宽于酌定量刑情节并且有别于犯罪中止的刑罚设计。

既遂后自动恢复准确地界定了危险犯既遂后，行为人主动消除危险状态，避免危害结果发生的行为的性质，很好地解决了犯罪既遂后，上述行为不能成立犯罪中止而导致的量刑过重的问题，又避免了将其作为犯罪中止所造成的

刑法理论的混乱。能够满足司法实践中量刑个别化、刑罚个别化的需要，并且可以鼓励危险犯的行为人积极地恢复被害法益，从而缓和社会矛盾，修复社会关系，使刑法的多元价值得到合理的平衡，优化整合刑法的各种目的。

### 三、既遂后自动恢复提出之依据

既遂后自动恢复的概念并非笔者标新立异的提法，在我国澳门地区的刑法典中就存在既遂后自动恢复条款的规定。<sup>②</sup>

我国《澳门刑法典》第23条第1款规定：“行为人因己意放弃继续实行犯罪，或者因己意防止犯罪既遂，或者犯罪虽既遂，但因己意防止不属于该罪状之结果发生者，犯罪未遂不予以处罚。”（与大陆地区刑法典不同，《澳门刑法典》分则仅规定了危险犯。）此外，《澳门刑法典》第21条第1款明文规定，犯罪未遂是犯罪未至既遂，如果已经构成犯罪既遂，也就不能再成立犯罪未遂。依据该条规定可以推知，《澳门刑法典》承认犯罪既遂之后，不可能出现犯罪的任何停止形态的立场。因此很多学者对《澳门刑法典》第23条的规定持批评态度，认为《澳门刑法典》第23条的规定是将危险犯既遂后，行为人防止结果发生的有效行为规定为一种犯罪中止，该规定虽然有鼓励行为人防止危害结果发生的积极作用，但是与其刑法中的第21条之规定（犯罪未遂）相矛盾，极大影响了刑法的严肃性，而且在理论上也是对既遂后不能成立中止这一理论的否定。<sup>③</sup>笔者认为，上述观点是对《澳门刑法典》第23条的规定存在

① 刑法学界一些学者认为，社会危害性一经形成就无法消除和降低，能够发生变化的仅为行为人的主观恶性与人身危险性。笔者认为，对此问题不能一概而论。在一些犯罪中确实犯罪行为一旦既遂，损害就无法挽回，社会危害性无法消除，典型的如故意杀人罪。不过，有些犯罪由于其保护的法益本身具有可以修复的特征，因此可以通过行为人的积极修复行为降低其行为的社会危害性。

② 《澳门刑法典》并未采取既遂后自动恢复的提法，不过其规定的条文与笔者总结的既遂后自动恢复在实质上是相同的，为方便论述，在此统一采取既遂后自动恢复的提法。

③ 程红著：《中止犯基本问题研究》，中国人民公安大学出版社2007年版，第146~147页。

误解,因为《澳门刑法典》第23条不是关于危险犯既遂后犯罪中止的规定,而是关于既遂后自动恢复的规定。《澳门刑法典》的立法者实际上是在犯罪中止以外,重新构建了一个既遂后的自动恢复制度,并由此形成了独具特色的双轨制<sup>①</sup>免于处罚的制度,大大拓展了对危险犯既遂后,行为人主动消除危险状态,避免危害结果发生的行为宽免处罚的空间,并因此形成了独具特色的双轨制既遂后自动恢复免于处罚的模式。在这种双轨制立法模式中,犯罪中止与既遂后自动恢复并行存在,在避免了理论上混乱的同时,也从实际上解决了危险犯既遂后,行为人主动消除危险状态,避免危害结果发生的行为的定性处罚问题。从这个角度分析,《澳门刑法典》第23条的规定与第21条之规定并不矛盾,而是很好地解决了理论上关于危险犯既遂之后是否存在中止的争论,值得学习与借鉴。

#### 四、既遂后自动恢复条文之设计方案

在危险犯已经既遂的情况下,基于防止危害结果的发生的刑事政策角度考虑,立法上应当明确行为人存在既遂后自动恢复行为的处罚原则,为危险犯的行为人设计明确的退路,鼓励行为人主动实施既遂后自动恢复行为。其实,对于此类行为,从保护更大的法益角度出发,从而赋予行为人宽免的刑罚处罚的规定,我国及国外刑法均存在很多相应的规定。<sup>②</sup>

对于行为人的行为已经达到犯罪既遂的程度但又实施了相应的自动恢复行为如何处罚的问题,我国刑法及相关司法解释均有规定。例如,我国《刑法》第276条之一将拒不支付劳动报酬的行为规定为犯罪。但同时又规定,构成既遂的情况下,如果尚未造成严重后果,在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以减轻或者免除处罚。再如,《刑法》第351条规定了非法种植毒品原植物罪,同时在该条第3款又规定了如果行为人构成犯罪既遂,在收获前自动铲除的,可以免除处罚。除此以外,我国的相关司法解释中

也存在这样的规定。比如,2009年10月最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中,对于恶意透支既遂后,行为人恢复的行为如何处理进行了明确的规定,即“对于恶意透支的行为人应当追究刑事责任,但在公安机关立案后人民法院判决宣告前,行为人已偿还全部透支款息的,可以从轻处罚,情节轻微的,可以免除处罚;恶意透支数额较大,在公安机关立案前已偿还全部透支款息,情节显著轻微的,可以依法不追究刑事责任”。这些立法与司法解释说明,在已经构成犯罪既遂的情况下,事后的恢复行为应当予以认可,并在刑罚上予以体现。

对于我国现阶段既遂后自动恢复行为的立法,建议可以参照上述关于拒不支付劳动报酬罪等条文的立法形式。即在具体犯罪之后增加规定既遂后自动恢复行为的处罚条款,在处罚原则上遵循“得减原则”。之所以要遵循“得减原则”是因为,一方面虽然既遂后自动恢复行为几乎达到了犯罪中止的效果,但是从成立时间上来看,既遂后自动恢复晚于犯罪中止,其行为的社会危害性与行为人的主观恶性、人身危险性均重于犯罪中止,因此在处罚原则的设计上必须有别于犯罪中止才符合罪责刑相适应原则的要求。另一方面,一般情况下“既遂后自动恢复”的积极意义应当得到承认,但是对于特殊情况又不能忽略,这样的选择可以使法律的确定性与灵活性有机结合,保持刑法的适应性,从而使罪责刑相适应原则在任何“既遂后自动恢复”的情况下都能够得到落实。总之,“可以”表明法律的倾向性要求。“可以”是授权性规定而非命令性规定,对于存在“既遂后自动恢复”情节的犯罪人,法官可以选择免除处罚,也可以不予以从宽处罚,这两种处罚结论都不违背“既遂后自动恢复”的处罚原则。

<sup>①</sup> 以不处罚犯罪中止为原则,以不处罚既遂后自动恢复行为为例外,类似于刑法中的以处罚故意犯罪为原则,以处罚过失犯罪为例外。

<sup>②</sup> 徐光华著:《犯罪既遂问题研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第209页。

与未遂犯等处罚原则的“可以”相同，从立法原意、刑法基本理论和司法实践综合考虑，“可以”并不意味着随意性，而是表明了立法的一种倾向性要求。<sup>①</sup>采取“得减原则”后，对于危险犯既遂后，行为人主动实施了既遂后自动恢复行为的，一般可以免除处罚，但是行为人毕竟构成了危险犯的既遂，如果综合整个案情的社会危害程度、犯罪人的主观恶性、人身危险性较深时，也允许不考虑其“既遂后自动恢复”情节，追究行为人的刑事责任。

综上，以破坏交通设施罪为例，该罪名的既遂后自动恢复条款可以作如下规定，即“破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。犯本条之罪，在危害结果发生前，出于自愿主动避免危害结果发生的，可以免除处罚。”在以后条件成熟时，可以考虑借鉴国外立法例，对成立既遂后自动恢复的罪名范围进行扩大，其范围应当涵盖危险犯在内的所有法益具有可恢复性的犯罪。立法上应采取总则加分则的“二元立法模式”对既遂后自动恢复加以规定。具体而言，首先在总则中规定既遂后

自动恢复的概念以及原则性的处罚原则，总则的规定原则上适用于分则所有的可以成立既遂后自动恢复的罪名。总则中的既遂后自动恢复条文可以表述为：“行为人在实施犯罪之后，在被追诉之前，主动实施有效恢复被侵害之法益的行为，是既遂后自动恢复。对于完全恢复法益的，可以免除处罚；基本恢复法益的，可以从轻或者减轻处罚。”在刑法总则明文规定之后，既遂后自动恢复就成为与自首、立功性质相同的法定从宽的量刑情节，所以其条文宜规定在《刑法》第68条立功条文之后，作为第68条之一。除了在总则上进行原则性的规定之外，分则具体个罪成立既遂后自动恢复与总则存在不同时，可以在分则的具体罪名之后加以特别的规定，对这类罪名的既遂后自动恢复在具体适用时直接援引分则的具体规定即可。

本文作者：广东警官学院法律系讲师、法学博士，公安部全国特约经侦研究员  
责任编辑：赵俊

① 赵秉志著：《犯罪未遂形态研究》，中国人民大学出版社2008年版，第376页。

## Automatic Recovery of Dangerous Criminal After Accomplishment

Yan Yu

**Abstract:** The dangerous criminal as a type of crime in our criminal law often exists with the presence of a dangerous condition as its symbol. There is a big controversy on the nature of the behavior that the perpetrator is initiative to eliminate the dangerous condition after accomplishment of dangerous criminal. The academia mainly has two theories “crime suspension” and “discretionary sentencing”. “Crime suspension” is contrary to the fundamental principles and the basic concept of criminal law and likely to cause confusion in theory. “Discretionary sentencing” will lead to heavy penalties, which is contrary to adapting the principles of criminal culpability and the Criminal Law of Modesty. This behavior should be automatically restored after the behavior of a typical accomplishment. Recognizing automatic restoration after consummation is conducive to maintaining the criminal law theory for achieving justice. Our country should be clear to automatic resuming after accomplishment in future legislation.

**Keywords:** dangerous criminal; dangerous condition; automatic recovery after accomplishment