

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: X2009120062

UDC _____

廈門大學

硕士学位论文

论醉驾型危险驾驶罪的法律适用

The Application of Drunken Driving Crime on Law

李秀斌

指导教师姓名: 郑永宽 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2012 年 11 月

论文答辩时间: 2012 年 月

学位授予日期: 2012 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2012 年 11 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（）课题（组）的研究成果，获得（）课题（组）经费或实验室的资助，在（）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

醉驾入刑是治理我国严峻交通态势的需要，是弥补我国刑事法网的不足、与国际刑法接轨的需要，也是司法实践的迫切要求。自 2011 年 5 月危险驾驶罪这一新罪名施行以来，酒后、醉酒造成的交通事故大大降低了。然而，因缺乏与之相配套的司法解释，司法机关在适用该罪名时总面临着种种困惑，引来不少争议。本文正是针对这些问题，以醉酒驾车为中心，提出解决思路。

本文分为引言、正文和结论三部分，其中正文共四章，第二章、第三章是论文的主要部分。

第一章是醉驾型危险驾驶罪的概述。醉驾入刑部分介绍了入刑的背景、域外借鉴及入罪的理论依据。第二节就醉驾型危险驾驶罪的概念和犯罪构成做出分析，为下文的法律适用的论述提供了法理支持。

第二章涉及醉驾型危险驾驶罪定罪的法律适用方面，内容包括罪与非罪、此罪与彼罪两方面。罪与非罪方面，笔者首先自情节方面展开论述，阐明醉驾不能一律入罪，情节显著轻微、危害不大的不入罪；然后列举定罪时应考虑的情节方面；最后列举几种处于罪与非罪边缘的情形，做出情节探讨，并提出个人见解。此罪与彼罪方面，笔者首先就醉驾型危险驾驶罪与相关罪——交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪之间做出比较，并阐述他们之间的法律关系及适用问题。然后在此基础上解决醉酒驾车肇事案件在定罪方面存在的疑惑。

第三章是醉驾型危险驾驶罪的量刑方面。先简述当前的量刑现状，然后提出个人对该罪合理量刑的建议，接着列举从轻处罚或从重处罚的量刑情节，最后提出免除刑罚、适用缓刑及罚金的确定问题。本章旨在解决当前量刑不均衡、不规范的问题。

第四章从法律适用角度入手，阐述醉驾型危险驾驶罪存在的不足点，并提出四个方面的完善建议：扩大醉酒驾车的对象范围；完善醉驾型危险驾驶罪的情节表述；完善“醉酒”的衡量标准；增设有期徒刑作为危险驾驶罪的主刑。

关键词：定罪；量刑；立法完善

ABSTRACT

To establish the crime of Dangerous Driving in Criminal Law is the need to solve the problem of serious traffic situation, and the need to perfect the arm of Criminal Law, which is also the need to connect with the international Criminal Law and the urgent request of judicial practice. Since the practice of drunken driving Crime from May of 2011, the traffic accidents by drunken driving have been reduced greatly. Judicial authorities feel puzzles while handling cases on this Crime for the lack of relevant judicial explanation. This paper is written to solve these problems on drunken driving.

The dissertation is mainly composed of three parts, including preface, body and conclusion. There are four chapters in the body, and the second and the third chapter are the main part of the thesis.

The first chapter is the summary of drunken driving crime. Subchapter 1 introduces the background, the reference of extraterritorial legislation on this crime and the theoretical basis of establishing the crime. The second section explains the concept of the crime and makes an analysis on the constitution of the crime. This chapter offers the basis for the following discussion on the application of law.

The second chapter is about the conviction, including two parts of crime or non-crime, this and that crime. In the section of crime or non-crime, the author makes and analysis from the plot of drunk and draws a conclusion that 'Not all drunken driving is to be put into crime', the circumstance of harmless does not incriminate. Then the author lists plots to be considered and makes an analysis on different plots of crime or non-crime. In the section of this or the other crime, drunken driving crime is compared and related with traffic crime and the crime of endangering public security in dangerous method. This section is to solve the conviction on drunken driving cases and for the application in law.

The third chapter is about the sentencing. The author first briefly states the current situation of sentencing on drunken driving, and makes a suggestion on it, then lists plots of lighter punishment and severe punishment. Finally, the author set forth the penalty exemption, the probation application and the fine amount discretion. This chapter is designed to solve the problem of uneven and nonstandard sentencing.

The fourth chapter points out the disadvantages of drunken driving crime on the application of law. Four aspects are to be improved including expanding scope of drunken driving object, perfecting the plot expression for drunken driving in Criminal Law, perfecting the method on measuring drunk and suggesting on setting term of imprisonment for drunken driving crime.

Keywords: Conviction; Sentencing; Perfection of legislation

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言.....	1
第一章 醉驾型危险驾驶罪概述	2
第一节 醉驾入刑概述	2
一、醉驾入刑的背景.....	2
二、醉驾入刑的域外借鉴.....	3
三、醉驾入刑的理论依据.....	4
第二节 醉驾型危险驾驶罪的概念及构成要件	10
一、醉驾型危险驾驶罪的概念.....	10
二、醉驾型危险驾驶罪的构成要件.....	11
第二章 醉驾型危险驾驶罪的定罪	13
第一节 罪与非罪	13
一、自醉驾情节论醉驾的罪与非罪.....	13
二、罪与非罪的情节探讨.....	17
第二节 此罪与彼罪	20
一、醉酒驾车涉及的罪名.....	20
二、醉驾型危险驾驶罪与交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪的比较 及其关系.....	20
三、醉酒驾车肇事案件的定罪.....	22
第三章 醉驾型危险驾驶罪的量刑	25
第一节 量刑现状	25
第二节 醉驾型危险驾驶罪量刑合理化的建议	26
一、确定起点刑.....	26
二、在起点刑的基础上确定基准刑和宣告刑.....	28
第三节 从轻情节和从重情节的设定	29
一、被告人的驾驶能力及交通违章情况.....	29
二、驾驶机动车本身的安全状况.....	29

三、驾驶路段交通状况的不同.....	29
四、被告人驾驶行为的实际表现.....	30
五、被告人的认罪态度.....	30
第四节 免除刑罚、适用缓刑及罚金的确定	30
一、免除刑罚和适用缓刑问题.....	30
二、罚金的确定.....	31
第四章 醉驾型危险驾驶罪的不足与完善	33
第一节 扩大醉酒驾驶的对象范围	33
一、醉酒驾驶的对象方面仅仅限于机动车.....	33
二、建议把醉酒驾车的对象方面扩大到火车、船舶、航空器等交通工具....	34
第二节 完善醉驾型危险驾驶罪的情节表述	35
一、醉驾型危险驾驶罪的法律条文缺乏情节表述.....	35
二、建议对醉驾型危险驾驶罪的法律条文增加情节表述.....	35
第三节 完善“醉酒”衡量标准	36
一、目前“醉酒”标准仅采用血液酒精含量测量结果来衡量.....	36
二、建议完善“醉酒”的衡量标准.....	37
第四节 增设有期徒刑作为危险驾驶罪的主刑	38
一、拘役的量刑缺陷.....	38
二、建议把危险驾驶罪的量刑改为有期徒刑.....	38
结 论.....	40
参考文献.....	41

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Summary of drunken driving crime	2
Subchapter 1 Summary of establishing drunken driving crime in Criminal Law	2
Section 1 The background	2
Section 2 The reference of extraterritorial legislation	3
Section 3 The theoretical basis	4
Subchapter 2 The concept and constitution of the drunken driving crime	9
Section 1 The concept	9
Section 2 The constitution of drunken driving crime	11
Chapter 2 The conviction of drunken driving crime	13
Subchapter 1 Crime or non-crime	13
Section 1 The analysis of Crime or non-crime from the plots	13
Section 2 The investigation of the plots	17
Subchapter 2 This crime or other crimes	20
Section 1 The crimes involved drunken driving	20
Section 2 The comparison and relationship between drunken driving crime and traffic crime, the crime of endangering public security in dangerous method	23
Section 3 The conviction of drunken driving accident cases	25
Chapter 3 The sentencing of drunken driving crime	25
Subchapter 1 Current situation of sentencing	26
Subchapter 2 Suggestion on sentencing rationalization	26
Section 1 The setting of the starting point for criminal	28
Section 2 The setting of the baseline sentence and declared criminal on the basis of starting point	29
Subchapter 3 The setting of punishment on lighter and severe plots	29
Section 1 The driver's driving ability and traffic violation record	29

Section 2	The security condition of driving vehicles	29
Section 3	The differences of driving road traffic conditions	30
Section 4	The actual performance of the defendant driving behavior	30
Section 5	The attitude of the defendant's confession	30
Subchapter 4	The exemption of penalty , the application of probation and penalty	30
Section 1	The exemption of penalty and the application of probation	31
Section 2	The amount of fines	33
Chapter 4	The deficiency and improvement on drunken driving crime	33
Subchapter 1	The expansion of the scope of drunken driving object	33
Section 1	The road vehicle is the only driving object for incrimination	34
Section 2	The suggestion on expanding the scope of driving object to vehicles on railway, sea and air	35
Subchapter 2	The perfection of plot expression for drunken driving crime	35
Section 1	The deficiency on the plot expressed for drunken driving in law	35
Section 2	The suggestion on perfecting plot expression for drunken driving in law	35
Subchapter 3	The perfection of the method for measuring ‘drunk’	36
Section 1	The blood alcohol content is the only method for measuring ‘drunk’	36
Section 2	The suggestion on perfecting the method for measuring ‘drunk’	37
Subchapter 4	The setting of imprisonment as principal penalty on sentencing	37
Section 1	The shortage of penal servitude	37
Section 2	The suggestion on changing the sentencing to the imprisonment	38
Conclusion	40
Bibliography	41

引 言

近年来,以醉酒驾车为代表的危险驾驶行为引发的交通事故与日剧增,如孙伟铭案、^①张明宝案^②等,引起社会各界的广泛关注,这些案件的判决和由此引发的社会问题激发了法学界对于交通肇事罪量刑修改或增加危险驾驶罪这一新罪名的讨论和研究。2010年4月28日,在第11届全国人大常委会第14次会议上,公安部部长孟建柱建议在刑法中增设“危险驾驶机动车罪”。《中华人民共和国刑法修正案(八)》经全国人大常委会三次审议,于2011年2月正式通过,把醉驾、飙车行为确定为危险驾驶罪。醉驾型危险驾驶罪是刑法适应当前社会形势、应对严峻的交通安全态势的产物,是严密我国刑事法网、完善立法的需要。醉驾型危险驾驶罪的确立把醉酒驾车这一危险驾驶行为由原来的行政处罚上升为刑事制裁,为司法机关提供了刑事处罚依据。

自醉驾型危险驾驶罪入罪以来,“开车不喝酒,喝酒不开车”的观念深入人心,取得明显成效。据公安部统计数字显示:截至2012年4月30日,全国公安机关查处酒后驾驶数量同比下降41.4%,醉酒驾驶同比下降44.5%;2011年因酒驾导致交通事故3555起,死亡1220人,分别比上年下降18.8%和37.7%。^③

相对于社会生活中复杂多变的交通态势,醉驾型危险驾驶罪的法律规定相对过于简单。自施行以来,社会各界专业人士、学者等以醉酒驾车为中心,对醉驾入刑是否有情节限制、罪与非罪、此罪与彼罪的适用、量刑等问题纷纷展开争论,不断提出各自看法和完善建议。真可谓百花齐放、百家争鸣。公检法等司法机关在实践中同样也碰到这样或那样的问题,总是因缺乏相关部门的司法解释及案例分析而感到无所适从。有鉴于此,本文仅涉及醉驾型危险驾驶罪,对醉驾型危险驾驶罪施行后存在的热点问题进行论述、研究,旨在为这些热点问题厘清解决思路,以期助益于醉驾入刑后的立法完善。

^① 2008年12月,成都孙伟铭无证、醉酒驾车与另一辆车发生追尾,迅速驾车逃逸。后越双实线,先后撞向对面正常行驶的四辆轿车,造成四人死亡、一人重伤。成都高院以以危险方法危害公共安全罪,判其无期徒刑。孙伟铭. 百度百科[EB/OL]<http://baike.baidu.com/view/2074849.htm>, 2012-07-11.

^② 南京张明宝于2009年6月30日晚醉酒驾车,在回家途中先后撞倒九名路人,并撞坏路边停放的六辆轿车,造成五人死亡、四人受伤的特大交通事故。南京市中级人民法院一审宣判被告人张明宝无期徒刑。佚名. 南京醉驾致五死四伤司机一审被判无期. [EB/OL]中国新闻网.
<http://news.sina.com.cn/c/2009-12-23/103119320775.shtml>, 2009-12-23.

^③ 佚名. 法制日报:“醉驾入刑”一年酒驾致交通事故死亡人数大降[EB/OL].
<http://www.mps.gov.cn/n16/n1252/n1837/n2557/3251604.html>, 2012-5-14.

第一章 醉驾型危险驾驶罪概述

第一节 醉驾入刑概述

一、醉驾入刑的背景

(一) 醉驾入刑是社会现实的需要。

近年来,随着汽车保有量的增加,因醉酒驾驶车辆、严重超速驾驶车辆(俗称飙车)、超载以及无视交通信号(如逆行、闯红灯)驾驶车辆等行为所造成的重大交通事故急剧上升,致人伤亡的数量也明显增多。中国(未包括港澳台地区)交通事故死亡人数已经连续十余年居世界第一。据公安部统计数据,仅2008年1至9月,全国营运车辆肇事共导致1.9万余人死亡。尽管2008年中国汽车保有量约占世界汽车保有量的3%,但交通事故死亡人数却占世界的16%。^①受传统“酒文化”的影响,酒后或醉酒驾车的现象日益增多,醉酒驾车犯罪呈多发、高发态势,危害严重。根据2008年公安部公布的数据显示:2008年酒后驾驶共导致交通事故7518起,造成3060人死亡、7840人受伤,分别占总数的2.83%、4.16%和2.57%。^②醉酒驾车造成人员伤亡的交通事故已经到了严峻态势。

(二) 醉驾入刑是司法实践的迫切要求

我国惩治醉驾行为的刑法规范存在明显缺陷,缺乏刑法规制,需要完善立法。2011年以前,我国现有立法对于酒后或醉酒驾车的处罚力度过轻,仅限于2007年修订的《中华人民共和国道路交通安全法》规定的行政处罚,缺乏刑法威慑力。对于醉驾但未造成实质性损害的危险驾驶行为没有法律刑事处罚依据。根据1997年刑法典,部分醉驾行为只有造成危害后果才能依据交通肇事罪或以危险方法危害公共安全罪进行处理。实际操作中,两罪的法定刑幅度相差过大。一般情况下,除了交通肇事逃逸或者其他特别恶劣的情节处三年以上七年以下有期徒刑,一般的交通肇事罪如致人重伤或死亡,其最高刑期仅为三年有期徒刑,存在法定刑偏低,醉酒驾驶造成交通肇事的违法成本过低的问题。而以危险方法危害公共安全

^① 佚名.我国交通事故死亡人数连续十年居世界第一[EB/OL]. 中国新闻网,<http://chinanews.com.cn>, 2009-9-8.

^② 佚名.08年8月以来全国查处酒驾30余万起[EB/OL]. 人民网,<http://society.people.com.cn/GB/86800/10725380.html>, 2010-1-7.

罪则可判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。两罪的量刑对比过于悬殊，存在法律空档，不能满足现有司法需求。因此有必要立法就尚未造成严重危害结果的酒后驾驶行为施以刑罚处罚，以弥补刑事法网的不足。因此，醉驾入刑是司法实践的迫切要求。

二、醉驾入刑的域外借鉴

从域外有关危险驾驶行为或危害道路交通安全行为的立法来看，许多国家和地区都将醉酒驾驶作为一种具有刑事违法性的行为来处理。这些国家对于醉酒等危险驾驶行为的刑法规制为我国醉驾入刑提供了法律借鉴。

在德国，根据《德国刑法典》第 28 章关于公共危险的犯罪行为，第 315 条 c 是有关道路交通的危险的犯罪，规定“行为人在道路交通中由于饮用酒精饮料或者其他醉人的药物或者由于精神的或者身体的缺陷而不能安全地驾驶交通工具的，处 5 年以下自由刑或者金钱刑；过失地行动和过失地造成危险的，处 2 年以下自由刑或者金钱刑。”316 条是交通中的酩酊罪，饮用酒精饮料或者其他醉人的药物不能安全驾驶交通工具的，处 1 年以下自由刑或者金钱刑。^①

在加拿大，酒后驾驶者将被处于二千加元罚款、六个月监禁，并处吊销驾照三年，酒后驾车引起交通事故导致他人受伤害或死亡的，将面临最高达 14 年的刑期。^②

日本刑法里有一种“危险驾驶致死伤罪”，具体包括酩酊驾驶致死伤罪、超速行驶致死伤罪、无技能驾驶致死伤罪、妨害驾驶致死罪、无视信号致死伤罪等五个罪名。^③2001 年修改《道路交通法》，加重醉酒的法定刑，醉酒驾驶者，处三年以下徒刑或 50 万日元以下罚款。^④带有酒味驾驶者，处 3 个月以下徒刑或 5 万日元罚金。醉酒驾驶两次以上者，将被判处 6 个月徒刑。2005 年，日本又将酒后驾驶导致死亡者的最高徒刑提高到 20 年。^⑤

韩国于 2009 年 4 月对“饮酒醉酒驾驶车辆”的相关规定进行修改，主要体现在提高刑法处罚力度，新增加醉酒驾驶车辆罪和拒绝酒精检测罪两项罪名。^⑥

^① 德国刑法典[Z].冯军译,北京:中国政法大学出版社,2000.190-191.

^② 王生安.国外治理酒后驾驶的做法[J].人民公安,2008,(24):56.

^③ [日]西田典之.日本刑法各论[M].刘明祥,王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2007.43-47.

^④ 转引自何锋.危险驾驶行为入罪化研究(硕士学位论文)[D].厦门:厦门大学,2010.9.

^⑤ 徐迅雷.国外对醉酒驾车法律处置趋严[J].政府法制,2009,(25):13.

^⑥ 韩国:新增醉酒驾驶车辆罪[N].法制日报,2009-9-1.

危险驾驶罪在我国台湾地区立法中被称之为“不能安全驾驶罪”。1999年4月台湾“刑法”修正案增加“服用酒精、麻醉药品”的罪名。新“刑法”第185条第3款规定，“服用毒品、麻醉药品、酒类或其他类似之物，不能安全驾驶动力交通工具而驾驶者，处1年以下有期徒刑、拘役或3万元以下罚金”。台湾也对“拒绝酒测者”定罪，对于拒绝酒测者直接处罚最高额新台币6万元，刑事处罚上视同“酒精度过量驾驶”，并吊销其驾驶执照，强制采样检定。^①

三、醉驾入刑的理论依据

（一）醉驾入刑基于原因自由行为理论

原因自由行为理论是醉驾入刑的基础。原因自由行为是大陆法系刑法中一个重要的理论部分，德国是原因自由行为的发源地。在大陆法系国家，特别是德国和日本刑法中规定，原因自由行为具有当罚性。德国的“例外模式”就认为原因自由行为的刑事可罚性表现为一种由习惯法加以正当化的例外，及对行为人“实施构成行为时”必须有刑事责任能力的例外。^②而台湾学者认为，原因自由行为在实证法上没有规定，可是习惯法上承认这个法理。^③所谓原因自由行为是指行为人由于故意或过失使自己陷于限制责任能力或者无责任能力状态，并在此状态下实施的危害社会的行为。^④在实施犯罪行为时，其刑事责任能力降低或者丧失，由于导致行为人刑事责任能力降低或者丧失的原因自由行为，行为人在主观上存在罪过，因此行为人在实施犯罪行为时即使责任能力有所削弱，也应当归责于行为人。符合该理论的最典型的原因自由行为是：故意使自己完全心神丧失的行为，如醉酒。

关于原因自由行为的可罚性根据，北京师范大学刑法学院院长赵秉志认为，第一，醉酒驾驶及其肇事行为通常会对公共安全造成严重威胁或者危害。这是行为人对其醉驾行为承担刑事责任的社会基础。第二，行为人饮酒行为与驾驶行为之间具有直接因果关系。这是行为人对其醉驾行为承担责任的行为基础。第三，行为人饮酒时具有完全刑事责任能力。因此，行为人应当承担刑事责任。第四，行为人饮酒是出于故意或者过失。行为人应当对其故意或者过失实施的行为承

^① 李波. 海峡两岸危险驾驶罪比较研究[J]. 福建警察学院学报, 2011, (6): 53-61.

^② [德]克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第一卷)[M]. 王世洲译, 法律出版社, 2005. 600.

^③ 张丽卿. 交通刑法[M]. 上海: 学林出版社, 2002. 84.

^④ 林山田. 刑法通论[M]. 台北: 台湾三民书局, 1984. 176.

担刑事责任。这是行为人对其醉驾行为承担刑事责任的心理基础，即主观罪过基础。^①

关于赵秉志的观点可做以下分析，以得出对醉驾入刑的正当根据。在原因自由行为中，行为人实施结果行为时是限制刑事责任能力人或者无刑事责任能力人，但其实施原因行为时则是完全刑事责任能力人。德国刑法规定，在原因自由行为情况下，尽管行为人行为时为无责任能力或者具有限定责任能力，但其对基于醉酒状态实施了行为，行为人承担完全的责任。^②根据原因自由行为，行为人是故意使自己陷于无刑事责任能力或者限制刑事责任能力状态的，并借此去实施符合犯罪构成要件的行为，因而可以将之前故意使自己陷于无刑事责任能力或者限制刑事责任能力状态的行为视为行为人实施犯罪行为的一个前期准备行为或者是预备行为。将先前的原因行为与后来的结果行为（即犯罪行为）视为一个连续的整体，故视为行为人在实施犯罪行为时是具备刑事责任能力的，故此，行为人应当对其在无刑事责任能力或者限制刑事责任能力状态下实施的犯罪行为承担刑事责任。醉酒后属于限制刑事责任能力或无刑事责任能力人的，由于其饮酒的行为是自由的，即饮酒前明知酒后不能开车，会对他人的生命造成威胁、给财产带来损失，仍饮酒，并主动驾驶机动车，当事人的主观方面可推定为故意，可根据原因自由行为理论追究行为人的刑事责任。因此，刑法规定醉酒的人应负刑事责任，应当是具有正当根据的。

（二）醉驾入刑符合刑法的行为无价值二元理论

违法性是成立犯罪不可缺少的一个条件，对违法性的本质的不同回答决定了什么样的行为会被认定为犯罪，应接受刑法的调整。在德日刑法理论中，有关行为违法性的理论存在行为无价值论与结果无价值论之间的对立。其中，有关违法性本质的对立是理论的核心，它影响着对定罪等具体问题的解释。

结果无价值论是指犯罪行为的刑事违法性的原因在于犯罪行为的危害结果，是对于行为现实引起的对法益的侵害或威胁所作的否定性评价。即认为，违法性的根据在于行为对法益的侵害或威胁的结果，即结果恶才是违法性的根据。^③依据该理论，在判断行为违法性时，首先必须考虑行为造成了什么样的危害结果，

^① 赵秉志,主编.醉驾入刑专家谈[M].北京:法律出版社,2011.8-9.

^② [德]汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].许久生译,北京:中国法制出版社,2001.536-537.

^③ 杨雪.结果无价值与行为无价值之我见[J].法制与社会,2009,(33):9.

然后再追溯该结果是由谁的、怎样的行为所引起的,以确定该行为是否具有社会危害性。^①显然,它是从被害人的角度来分析行为的违法性的见解。事实上结果无价值论自身存在着多方面的缺陷。一方面,对“法益”这个概念的界定存在着盲区。随着无形利益(精神的、人格的利益)不断出现,有形利益的形态会发生变化。虽然它们都应当得到刑法的保护,但是,当一种“利益”(中性词)是否是刑法上应该保护的法益,难以判断是此种法益还是彼种法益的时候,侵害或者威胁这种利益的行为达到何种程度时才得到刑法的否定性评价,同样难以判定,刑法的社会功能就有捉襟见肘之虞。这是法益概念本身的事实性、客观性、确定性的不足之处,也是法益概念涵括力有限之所在。^②

行为无价值论认为,违法性的根据在于行为本身的样态(反伦理性)以及行为人的主观恶性。行为无价值的提出,肇始于德国学者威尔泽尔的“人的不法概念”,认为仅用法益侵害绝不能充分说明行为的不法性,法益的侵害只有在人的不法行为中(即行为无价值中),才具有刑法上的意义。^③不过,行为无价值论的弊端也是显而易见的。一方面,该理论是基于社会伦理规范来判断行为是否具有违法性,容易造成法和伦理相混淆。而社会伦理的概念很抽象,每个人对其内涵的理解都不一样,难以界定,导致处罚范围难以确定。虽然行为无价值论试图将违法评价与道德谴责区别开来,但是,由于评价标准(社会相当性)的内容不清晰,道德谴责的内容仍然与违法性评价纠缠在一起,非难感情混进客观化的违法性评价中。^④另一方面,完全抛开结果无价值的行为无价值论认为,行为是行为人的主观恶性的外在表现,只要有体现行为人主观恶性的危害行为,就能考虑行为人的行为是否构成犯罪的客观主义刑法并无二致。而且,就刑法中所规定的,因为造成了某种具体结果,所以构成犯罪的结果犯而言,行为无价值的考虑,显然是不妥当的,有违反罪刑法定原则之嫌。^⑤

行为无价值二元论是结果无价值论与行为无价值论的“折中说”,该观点认为,考虑违法性的本质,要结合行为无价值和结果无价值两种观点,即“成为犯罪的行为,不单是对法益具有侵害或者危险,还必须是违反社会上一般所公认的

^① 黎宏.行为无价值论与结果无价值论[J].法学评论,2005,(6):120.

^② 周光权.行为无价值论之提倡[J].比较法研究,2003,(5):38.

^③ [日]大塚仁.犯罪论的基本问题[M].冯军译,北京:中国政法大学出版社,1993.转引自秦倩.从行为无价值二元论谈我国对不能犯未遂的处罚[J].宜宾学院学报,2008,(1):70.

^④ 张明楷.法益初论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.314-322.

^⑤ 黎宏.行为无价值论与结果无价值论:现状和展望[J].法学评论,2005,(6):121.转引自曾江山.危险驾驶罪入罪化研究(硕士论文)[D].厦门:厦门大学,2010.11.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库