

风险刑法理论的法教义学批判

陈兴良*

摘要 风险刑法是从风险社会中引申出来的概念,在此基础上形成了一个刑法话语体系,近年来活跃在我国刑法学界。对比风险社会的风险与风险刑法的风险,即可发现这是两种完全不同的风险。风险社会的风险是后工业社会的技术风险,这种风险具有不可预知性与不可控制性,根本不可能进入刑法调整的范围。风险刑法理论将风险予以泛化,并且主要是以工业社会的事故型风险为原型展开其论述与论证,但这与风险社会的风险并无关联。风险刑法理论在刑法应对风险的讨论中,以过失犯、行为犯与不作为犯等立法方式为例证进行说明,以此作为风险刑法理论的主要内容。但风险刑法理论并没有对此进行深入且充分的论证,而是建立在主观臆想的基础之上。由此,可以得出以下结论:风险刑法理论与其赖以凭藉的作为理论根据的风险社会理论之间难以无缝对接,使风险刑法理论根基不稳。风险刑法理论在对刑法例证的论证中,过于大而化之而没有细致推敲,结果导致大胆假设有余,小心求证不足。所有这些,都使得风险刑法理论只能获得一时之观点喧嚣,而难以取得长久之学术积淀。

关键词 风险社会 风险刑法 刑法教义学

从风险社会中引申出来的风险刑法理论已经成为我国刑法学界关注的理论热点之一。劳东燕教授在2007年发表的“公共政策与风险社会的刑法”(《中国社会科学》2007年第3期)一文,开启了我国学者讨论风险刑法的先河。风险刑法的知识增长极大地刺激了学术资源对其的投入。在某种意义上说,风险刑法被议题化了,它是我国刑法理论研究中最为活跃的一个学术领域。风险刑法还是存在重大争议的一个问题,在按照风险刑法的既有径路进行学术言说的同时,对风险刑法理论进行反思与批判的解构性努力,也从来没有停止过。例如,南连伟的“风险刑法理论的批判与反思”(《法学研究》2012年第4期)就是一篇系统地质疑风险刑法理

* 作者系北京大学法学院兴发岩梅讲席教授。

论的论文。^{〔1〕}此外,张明楷教授也撰写了“‘风险社会’若干刑法理论问题反思”(《法商研究》2011年第5期)一文,对风险刑法理论进行了否定性的评价。就笔者个人而言,对于风险刑法理论虽然早已关注,但未能深入研究。笔者曾经应邀写过一篇笔谈性质的文章,题为“‘风险刑法’与刑法风险:双重视角下的考察”(《法商研究》2011年第4期),提出了对风险刑法理论可能带来的刑法风险的担忧。^{〔2〕}当然,在该文中对于风险刑法理论还是持一种较为暧昧的态度,论及风险刑法的功能亦难免语焉不详。本文是笔者对风险刑法理论一个较为全面的评论,明确了笔者对风险刑法理论的否定性见解,尤其是在对风险社会的风险与风险刑法的风险加以对比性考察的基础上,试图从刑法教义学的面向上对风险刑法理论进行法理分析,以此就教于主张风险刑法理论的各位刑法学界同仁。

一、风险刑法的风险之界定

无论是风险社会还是风险刑法,风险是其中的关键词。如何界定这里的风险,直接关系到风险刑法理论存在的正当性。尤其应当指出,因为风险刑法是从风险社会引申出来的,因此,风险刑法的风险与风险社会的风险应当具有同一性,至少具有类似性。对此,我们应当采取对比的方法以确定风险刑法的风险概念。

对于风险社会的风险概念,要到发明这一理论的德国著名社会学家乌尔里希·贝克的著作中去寻找。贝克对于风险社会中的风险大多是描述性的,但也存在较为接近定义性的叙述:

风险概念是一个很现代的概念,是个指明自然终结和传统终结的概念。或者换句话说:在自然和传统失去它们的无限效力并依赖于人的决定的地方,才谈得上风险。风险概念表明人们创造了一种文明,以便使自己的决定将会造成的不可预见的后果具备可预见性,从而控制不可控制的事情,通过有意采取的预防性行动以及相应的制度化的措施战胜种种副作用。^{〔3〕}

这个风险的概念是在与传统社会的自然状态对应意义上确立的,它以人的决定为前提的。在农耕社会也存在风险,这种风险主要是指自然风险,这是一种来自于自然界的破坏性力量,例如洪水、干旱、雷电、地震等自然灾害。人类进入工业社会以后,风险来源发生了重大变化。尽管来自于自然界的风险仍然存在,但已经不是威胁人类生存的主要灾害。对于人类生存的

〔1〕 该文的扩展版“风险刑法理论的批判性展开”发表于《刑事法评论》第30卷。参见南连伟:“风险刑法理论的批判性展开”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第30卷),北京大学出版社2012年版,页42-97。

〔2〕 《法商研究》2011年第4期以社会风险与刑法规制:风险刑法理论之反思为主题,发表了5篇文章:①齐文远:“刑法应对社会风险之有所为与有所不为”;②陈兴良:“‘风险刑法’与刑法风险:双重视角的考察”;③刘明祥:“‘风险刑法’的风险及其控制”;④刘艳红:“‘风险刑法’理论不能动摇刑法谦抑主义”;⑤于志刚:“‘风险刑法’不可行”。以上5篇论文基本上对风险刑法理论持怀疑甚至直接否定的立场。

〔3〕 (德)乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯:《自由与资本主义:与著名社会学家乌尔里希·贝克对话》,路国林译,浙江人民出版社2001年版,页118。

主要风险来自人类本身,即人类的工业活动成为危险的主要来源。应当指出,贝克所说的风险社会的风险并不是一般意义上的工业社会的风险,而是后工业社会的风险,主要是指技术风险。这个意义上的风险首先是技术风险,其次是随着科学技术的广泛应用而导致的社会各个领域发生的风险,例如转基因、环境污染、核辐射、生物危机等。贝克不仅将工业社会的风险与农耕社会的自然风险相区分,而且将后工业社会的技术风险与工业社会的事故风险相区分。贝克在论及工业社会的风险与后工业社会的风险时,指出:

第一个阶段是工业社会的风险,其风险是以事故概念为前提的,如商船沉没、交通事故、矿难、失业等,事故发生在一定的地点、时间、人群中,因此其风险后果在一定程度上可以由统计学加以描述和计算的,可以通过保险、保障制度等方式使其受到控制和处理。第二个阶段是后工业社会的风险,这一阶段的风险的后果在时间、地点和人群上都是难以预测和控制的,例如核灾难、化学、生物基因、生态以及金融风险等。^{〔4〕}

除了农耕社会、工业社会与后工业社会这种背景叙述以外,贝克还提出了前现代(pre-modernity)、简单性现代(simple-modernity)与反思性现代(reflexive-modernity)的叙述背景,认为反思性现代就是风险社会。应该说,建立在后工业社会的技术风险基础之上的风险社会理论,是上个世纪80年代才出现的一种社会学理论,以风险为中心对社会进行描述,具有盛世危言的意味。我们必须认识到,风险社会理论只是对后工业社会解释的一种理论,而非全部。在笔者看来,即使是风险社会理论也不无危言耸听的成分在内。当然,风险社会理论对人类的警觉意义是不可否定的。

如上所述,贝克的风险社会理论是以后工业社会的技术风险为叙述原型,并以此为前提展开其观点的。因此,风险社会的风险是以技术风险为基础的,其他都只是技术风险的外在表现。而在目前我国学者的论述中,风险社会的风险存在着严重泛化的现象。这种泛化的表现,首先是将风险扩展到制度风险,甚至犯罪风险。例如,劳东燕教授在关于风险刑法的论述中,除了技术风险以外,还论及政治社会风险与经济风险等制度风险,认为这也是风险结构的组成部分。劳东燕教授甚至将犯罪率攀升也视为风险社会的风险。^{〔5〕}还有些学者甚至把经济犯罪也纳入风险刑法的范畴,指出:“随着各国市场经济的快速发展和全球经济一体化的加剧,当今各国的经济发展都不可避免地面临着各种各样的犯罪风险,因而不可不提防。其中,犯罪危害的加剧和犯罪类型的翻新就是这种犯罪风险的直观体现,这必将带来刑法解释学中的些许变化。”^{〔6〕}在以上论述中,风险刑法的风险被表述为犯罪风险,在此基础上的论证,实际上已经与风险社会理论无关。

〔4〕 程新英、柴淑芹:“风险社会及现代发展中的风险:乌尔里希·贝克风险社会思想述评”,《学术论坛》2006年第2期;参见(德)乌尔里希·贝克:《世界风险社会》,吴英姿、孙淑敏译,南京大学出版社2004年版,页67-77。

〔5〕 参见劳东燕:“公共政策与风险社会的刑法”,《中国社会科学》2007年第3期。

〔6〕 姜涛:“风险社会之下经济刑法的基本转型”,《现代法学》2010年第4期。

风险社会的风险的泛化,还表现为将后工业社会的风险混同于工业社会的风险。风险刑法的大多数论证都是以工业社会的风险为根据的,例如,事故型风险就是一个较为瞩目的问题。在工业社会中,事故与犯罪是具有较为紧密联系的,因为事故除了技术事故和自然事故以外,责任事故涉及刑事责任的追究。而我国目前确实处在一个重大事故频发的社会发展阶段,因此,在风险刑法的论述中,责任事故犯罪是一个绝佳的例证。近年来各种事故层出不穷,造成了重大的人员伤亡和财产损失。因此,在有关风险刑法的论述中,事故型犯罪被认为是重要的风险源。例如,我国学者指出:“但在风险社会中,恶性交通事故频发、环境污染愈演愈烈、药品与食品安全事故大量涌现……社会成员精神上或心理上的负荷在不断提高。”〔7〕但是,这种事故型风险并不符合风险社会的风险所具有的不确定性特征,它是由行为人的操作疏失或者管理过失造成的,仍然属于常规的风险,属于可以控制的工业社会的风险。正如我国学者指出:“传统社会的事故型风险不可能导致全球性灾难,交通事故与核风险、基因风险、生化风险等存在根本区别。”〔8〕笔者认为,以上观点是正确的。风险社会的风险即后工业社会的风险与工业社会的风险的混淆,风险概念被泛化的结果是导致风险刑法的理论丧失现实基础,也使风险刑法理论与风险社会理论难以对接。

风险刑法理论在对风险社会的风险概念理解上的外延溢出,在一定程度上消解了风险概念的特定性,并使风险社会的理论失去其解释力。在此基础上建立起来的风险刑法理论,就可能丧失其现实基础。在我国目前关于风险刑法的论述中,风险的范围都十分宽泛,几乎是在一般意义上使用风险一词,由此脱离了贝克所创立的风险社会理论的特定语境,以至于我国学者指责为对风险范畴的曲解:

风险刑法理论最根本的谬误在于,未全面了解贝克的反思性现代化理论,因而对风险社会理论的理解过于肤浅和狭隘,更多地是根据“风险社会”的字面含义,将其理解为“有风险的社会”或“风险增多的社会”,这完全背离了风险社会理论的精髓。尤其是,它未能明确风险社会的风险与传统社会的风险之间的“世纪性差别”,曲解了风险范畴的真实含义。〔9〕

应该说,这一评论还是切中要害的,因为无限制地扩张风险社会的风险的现象,在风险刑法的理论叙述中或多或少地存在着。

应该指出,任何社会都存在各种风险,这是不可避免的。贝克所提出的风险社会的风险绝非一般意义上的风险,而是特定意义上的风险,即指在后工业社会随着科学技术的发展所带来的风险。因此,风险社会的风险是指技术风险以及技术风险所衍生的间接风险。英国学者揭示了技术风险的三个特征:①技术风险在科学上具有不确定性。在一些情形中,特别是在应对新技术、新活动的时候,风险与未来行为后果有关,而未来行为后果内在地是不可预测的,这就

〔7〕 魏汉涛:“风险社会的刑法风险及其防范”,《北方法学》2012年第6期。

〔8〕 南连伟:“风险刑法理论的批判与反思”,《法学研究》2012年第4期。

〔9〕 同上注。

造成了科学的不确定性。②风险的性质和存在经常取决于人类行为,所以技术风险具有行为上的不确定性。③某个风险是否可以接受取决于文化环境(cultural context)。技术风险的多中心性,彰显了身处社会之中的个人易受社会攻击的一面(social vulnerability)。因此,个人是否能够接受某种风险,不仅仅是个人偏好、风险大小和风险发生可能性的问题,而且还取决于环境对个人而言的可接受性。^[10] 在以上三个特征中,不确定性和不可预见性是技术风险的最大特征,这也决定了技术风险的难以控制性。

技术风险是以科学技术的发展为前提的,也是科学技术在给人类带来福祉的同时所具有的消极后果,可以说是人类享受科学技术成果的同时必须付出的代价。因此,技术风险是无法根除的,只能加以控制,减少其对社会的危害。同时,对于技术风险的防范主要还有赖于科学技术的进步。科技史已经证明,技术进步与完善对于消除技术风险具有重大的作用。然而,新技术本身又会带来新风险。因此,随着科学技术的不断发展,技术风险也如影相随。可以说,进入后工业社会以后,技术风险就成为这个社会必须面对的危机。

面对风险社会的这种技术风险,人类社会需要积极应对。这里的应对,包括法律应对。法律应对当然是间接的,因为法律不可能直接消除技术风险。对于技术风险的法律应对是指在制定技术政策和技术规范的时候,应当建立起严格的法律程序,对于技术风险进行评估,尽可能地避免技术风险,并对避险的费用成本通过法律程序进行合理的分担。即使是不可避免的技术风险,在风险的承担上也应该通过法律程序在各个社会成员之间进行公平的分配。因此,这里的法律应对基本上属于行政法的范畴。英国学者伊丽莎白·费雪论证了法律(这里主要是指行政法)在技术风险规制中发生作用的机理:因为技术风险具有可接受性,但个体之间可接受性程度是不同的,甚至彼此之间存在冲突。在这种情况下,技术风险的管理必须上升到政府层面,政府应当成为技术风险规制的主体。政府作为行政决策者在规制技术风险的行政过程中,法律应当而且能够发挥作用。伊丽莎白·费雪指出:

法律在技术风险规制中的作用不仅仅是工具性的,也不是不相干的或者起妨碍作用的。行政宪政主义的法律争论是技术风险决策制定的重要组成部分。如何治理技术风险的争论,会融入到公共行政法律有效性(legal validity)争论之中。当然,并不单纯是技术风险规制引发了行政宪政主义的争论。只是,技术风险规制领域引发的争论,其数量之大,是其他行政领域无法相比的。^[11]

由此可见,对技术风险的行政法意义上的规制,主要是指对作为技术风险规制主体的政府决策行为的规范,使之符合社会的最大利益。

那么,刑法与技术风险之间又是一种什么样的关系呢?劳东燕教授在论及刑法如何应对风险社会的风险时指出:

公共政策的秩序功能决定了它必然是功利导向的,刑法固有的政治性与工具性恰好

[10] 参见(英)伊丽莎白·费雪:《风险规制与行政宪政主义》,沈岷译,法律出版社2012年版,页7以下。

[11] 同上注,页34—35。

与此导向需要相吻合。无论人们对刑法的权利保障功能寄予多大期望,在风险无所不在的社会中,刑法的秩序保护功能注定成为主导。现代国家当然不可能放弃刑法这一秩序利器,它更需要通过有目的地系统使用刑法达到控制风险的政治目标。刑法由此成为国家对付风险的重要工具,公共政策借此大举侵入刑事领域也就成为必然现象。它表征的正是风险社会的安全需要。在风险成为当代社会的基本特征后,刑法逐渐蜕变成一项规制性的管理事务。作为风险控制机制中的组成部分,刑法不再为报应与谴责而惩罚,主要是为控制风险进行威慑;威慑成为施加刑事制裁的首要理由。^[12]

以上论述阐述了刑法作为风险控制机制的重要组成部分,在风险控制中所能够发挥的巨大作用。在笔者看来,这一论述具有宏大叙事的性质,而缺乏细致的论证。

这里首先涉及的还是风险的界定。无所不在的风险到底是指什么性质的风险?如果是指一般意义上的风险,甚至包括犯罪率上升,那么,以此作为刑法从对犯罪报应和谴责的手段转变为控制风险进行威慑的工具的命题就是难以成立的。报应主义和功利主义从来都是牵制刑法的两种力量,刑法始终摇摆于报应主义与功利主义之间,而不可能取向其中任何一个极端。因此,刑法功能与目的也应当是或者实际是报应与功利的折中。如果将这里的风险界定为技术风险,那么,刑法又如何应对呢?如前所述,技术风险本身具有不确定性,这种不确定的风险不可能成为刑法规制的客体。这里涉及风险社会的风险与刑法中的风险的对比。作为犯罪本质与刑罚惩罚的实体根据,自从贝卡利亚以来就被认为是对社会的危害。^[13]及至李斯特创立了法益理论,法益侵害就成为犯罪的实质违法的内容。李斯特指出:“就其本质而言,犯罪是一种特别危险的侵害法益的不法行为。”^[14]在苏俄刑法学中,从阶级危害性发展出社会危害性的概念,以此诠释犯罪。苏俄学者指出:“犯罪乃是危害社会的、罪过的、应受刑罚的作为或不作为。”^[15]我国刑法学承袭了苏俄刑法学,因此,社会危害性被确定为犯罪的本质特征。以上无论何种对犯罪性质的理论阐述,都以危害为其落脚点。这里的危害当然是指行为的危害。刑法上的危害有实害与危险之分。实害是指已经实现的危险,而危险则是尚未实现的实害。因此,实害与危险只有程度上的差别而没有性质上的区分。当然,以实害为根据的刑罚惩罚更具有报应的性质,而以危险为根据的刑罚惩罚则更具有预防的性质。

值得注意的是,现在在翻译有关德国刑法教科书的时候,也越来越多地采用风险这个术语。例如,我国学者在翻译德国学者罗克辛教授的客观归责理论时,就使用风险这个概念,包括不允许性风险与允许性风险,以及风险实现、风险降低与风险提升等。但在具体的叙述中,

[12] 劳东燕,见前注〔5〕。

[13] 参见(意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,页67。

[14] (德)李斯特:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,页8。

[15] (苏)苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》(下册),彭仲文译,大东书局1950年版,页308。

风险与危险这两个术语又是交替使用的。例如,王世洲教授在翻译罗克辛论及不允许性风险没有实现时归责的排除时,指出:“在允许性风险的案件中,归责于客观行为构成是以跨越了允许的界限和因此创设了一种不允许性危险为条件的。但是,在通常的危险创设中,除了危险的实现之外,应当如何对这种完成进行要求,还另外地取决于,在不允许性风险中,结果的可归责性正是在这个结果中实现了这种不允许的风险的。”^[16]在以上译文中,似乎风险与危险这两个词是可以替换的。从汉语字面含义来看,危险比风险具有更大的实现概率,因此,危险是更接近实现的风险。但是,就包含着现实危害的可能性而言,风险与危险又具有内涵上的同一性。只不过,风险更接近是一个中性词,而危险则具有较为明显的否定性含义。因此,在法所允许的含义上使用风险一词更为贴切,在法所不允许的含义上使用危险一词也是合适的。由此可见,风险与危险这两个词汇的区分是十分微妙的。因此,客观归责理论中的风险与风险社会的风险之间的区别也是明显的,对此,我国学者指出:“在客观归责理论中,风险是一个依附于刑法法益的概念。这种法益的确定性以及风险依附性决定了此处风险判断是由果及因的,即以法益为中心追溯风险来源,从而确定某一行为是否具有侵害特定法益的风险……概括而言,客观归责理论中的风险一词具有地位上的依附性、涉及法益的确定性、判断标准的经验性,具有规范内的解释功能。”^[17]但是,在风险刑法理论中,却把风险社会的风险与客观归责理论中的风险混为一谈,将客观归责纳入风险刑法的体系。例如,我国学者指出:“风险社会的转型为超越传统刑法的归责范畴、重构归责原则提供了机会。在此方面,德国的客观归责理论是有益的尝试……客观归责理论的创立具有里程碑的意义,它意味着风险概念规范化的成熟,也就是以法规范来对风险进行评价和界定,从而使风险具有规范性意义。”^[18]尽管论者认为客观归责理论是风险刑法发展的初级阶段,但客观归责理论所要处理的主要还是侵害性犯罪,即构成要件行为致使发生法益侵害结果的情况下,能否将该结果归属于其行为的问题。这个问题原先是采用因果关系理论或者故意理论解决的,但罗克辛认为这是一个客观归责的问题。因此,客观归责理论与风险刑法理论并无关联,将其纳入风险刑法的理论体系只是论者的一厢情愿。对此,我国学者指出:“罗克辛的刑法理论的确以‘风险’为关键词,但显然不是贝克‘风险社会’理论中所指的‘风险’。把两位德国教授的理论联系起来,是我国一些刑法学者的误解或者主观臆断。”^[19]误解与臆断在风险刑法理论中始终存在,由此而使该理论的科学性大打折扣。

即使是在德国,风险和危险这两个概念也是存在严格区分的,当然对于如何区分又是存在争议的,主要可以归结为以下四种观点:

[16] (德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,页254。

[17] 程岩:“风险社会中刑法规制对象的考察”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第29卷),北京大学出版社2011年版,页294。

[18] 陈晓明:“风险社会之刑法应对”,《法学研究》2009年第6期。

[19] 夏勇:“‘风险社会’中的‘风险’辨析:刑法学中‘风险’误区之澄清”,《中外法学》2012年第2期。

第一种观点认为:从风险、侵害发生的角度来诠释危险和风险而言,风险是危险发生的可能性;危险是危害发生的现实性。第二种观点认为:从是否可以控制的角度来把握危险和风险而言,危险是可操控的;而风险是不可以把控的。第三种观点认为,从有无负面评价的意涵作区分,危险的发生带给人类生活不利益的后果,已包含负面评价的意思;风险用语表达出人力不可支配的事实,属于中性词语,因此不包含有负面评价的意思。第四种观点认为,从两者的防范角度来区分,对风险采取预防手段(precaution),对危险采取的是防卫手段(prevention)。危险防卫手段,是以完全排除危险为目的;风险预防手段,其目的旨在降低与管理风险,而非确保绝对安全的防卫风险。〔20〕

以上对于危险和 risk 的不同角度的理解,对于我们正确地地区分危险和 risk 是具有参考价值的。当然,这里还涉及一个语境的确定问题,即是从刑法教义学角度界定两者还是从一般意义上区分两者。如果从刑法教义学意义上区分危险和 risk,笔者认为 risk 和危险都是在行为人的构成要件行为中所包含的发生实害结果的可能性。risk 和危险在刑法教义学上具有以下三个特征:① risk 和危险是一定的行为所包含的,而行为主体是人,这就排除了自然或者其他因素所造成的 risk 成为刑法调整对象的可能性;② risk 和危险所承载的行为系符合构成要件的行为,这表明该行为是被刑法所禁止的,因而在一般情况下也是法所不允许的;③ risk 和危险的性质是实害结果发生的可能性,具有对法益的潜在侵害性。

根据以上对刑法中的 risk 和危险的界定,我们再来对比 risk 社会中的 risk,就会发现两者在性质具有实质上的区别。如前所述, risk 社会的 risk 主要是指技术 risk。这种 risk 是人在科学技术探索过程中所带来的,是科学技术广泛运用的消极后果。技术 risk 具有极大的不确定性,对于这种不确定的 risk 不能直接纳入刑法调整的范围。例如,刑法不能直接将科学技术中具有 risk 的探索活动予以禁止,也不能在科学技术所带来的 risk 实现以后,追究相关人员的刑事责任。概言之,刑法不能进入科学技术领域,干预科学技术活动。既然如此, risk 社会的 risk 并不能等同于 risk 刑法的 risk 或者危险。从 risk 社会引申出的 risk 刑法理论,给人造成的一个重大误解就在于使两种完全不同的 risk 相类比或者相等同,建立在这种逻辑上断裂基础之上的 risk 刑法理论容易造成思想上的混乱。实际上, risk 刑法理论并没有指出 risk 社会中的 risk 如何进入刑法视野的适当路径,而是将两者的连接建立在 risk 社会与 risk 刑法都采用的 risk 这个内涵漂移与外延模糊的词汇之上,这是一种虚幻的联系。

二、risk 刑法的话语体系之解构

如前所述, risk 社会与 risk 刑法之间的联系是虚幻的, risk 社会的 risk 并不是刑法调整的客体。吊诡的是, risk 刑法理论还是自成一体地形成了一套独特的话语体系。这里应当指出,我国的 risk 刑法理论并不是一个正式的理论体系,而以 risk 刑法为主要话语的研究群体所形

〔20〕 张晶:《risk 刑法:与预防机能为视角的展开》,中国法制出版社 2012 年版,页 18。

成的一种观点聚集形态。在赞同风险刑法理论的学者当中,对于风险刑法的态度也是存在较大区别的。例如,有些学者是主张以风险刑法取代传统刑法的,在风险刑法的道路上走得比较远;^[21]还有些学者虽然也论述了风险刑法的内容,但同时也较为客观地指出了风险刑法本身的内在风险;^[22]另有些学者则主张在传统刑法中借鉴风险刑法的做法,实现传统刑法与风险刑法的共生互动;^[23]如此等等。在笔者看来,风险刑法这一话语体系与风险社会并无直接关联,实际上已经独立于风险社会而存在,并且风险刑法理论具有不断扩展的趋势。为此,有必要对风险刑法理论的主要命题进行刑法教义学的分析。

(一) 风险控制的刑法观

风险刑法理论甫一提出,就以一种决绝的姿态对应于传统的刑法理论,构造了法益保护的刑法与风险控制的刑法的二元对立:前者是保护刑法,而后者是安全刑法或者风险刑法。这里涉及对刑法功能的理解。自从刑法教义学的古典学派以来,刑法一直被界定为是法益保护法。例如,德国学者李斯特指出:“尽管刑法有其自身的特点,但是,从其表现形式来看,刑法是一种保护法益的法律。”^[24]一百年来,法益的内涵发生了重大的嬗变,从个人法益到超个人法益、社会法益,从物质性的法益到精神性的法益等。但是,刑法所具有的保护法益的功能这一观点在德国仍然占据着主流的地位。针对雅各布斯关于刑法的任务不是法益保护而是防止规范效力的损害的命题,罗克辛教授发出了“刑法的任务不是法益保护吗?”的质问,明确指出:“战后,德国刑法学借助法益理论一直试图给刑法的暴力干预找到一个界限。其基本思想是:刑法只能保护具体的法益,而不允许保护政治或者道德信仰、宗教教义和信条、世界观的意识形态或者纯粹的感情。”^[25]尽管德国刑法学中的法益概念存在着美国学者所批评的不确定性与灵活性,但美国学者还是正确地揭示了法益概念之于德国刑法学的重要性,指出:

德国刑法学真正地提供了有关刑法上的损害以及刑法目的的理论:法益论(Lehre vom Rechtsgut)。基于上述理由,在美国学者看来,法益论具有重要意义。法益在德国刑法体系中占有至关重要的地位。如此根基性的重要性使得德国刑法学家无法想象一部没有法益原则作基础的刑法。^[26]

建立在法益概念之上的刑法是以已然的法益侵害为前提的。当然,这里的法益侵害包括法益侵害的危险与法益侵害的实害。但这种以法益侵害为核心的刑法观受到了风险刑法理论

[21] 参见劳东燕,见前注〔5〕。

[22] 参见陈晓明,见前注〔18〕。

[23] 参见孙道萃:“风险社会视域下的风险刑法理论辨析”,载中山大学法学院主办:《中山大学法律评论》(第10卷第1辑),法律出版社2012年版,页305。

[24] 李斯特,见前注〔14〕,页10。

[25] (德)克劳斯·罗克辛:“刑法的任务不是保护法益吗?”,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,页147。

[26] (美)马库斯·德克·达博:“积极的一般预防与法益理论——一个美国人眼里的德国刑法学的两个重要成就”,杨荫译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第21卷),北京大学出版社2007年版,页453—454。

的批判,提出了风险控制工具的刑法观。^[27] 这里的风险显然不是与危险近似意义上使用的,因为如果是这个意义上的风险,是完全可以归入法益侵害的范畴的。但如果这里的风险是风险社会中的风险,则因其不确定性,刑法如何进行管控,就成为一个无解的问题。

其实,对于这个问题,罗克辛教授曾经进行过讨论。罗克辛提出的问题是:是否存在一种对未来的刑法保护?如前所述,法益保护是对已经受到侵害(危险与实害)的利益的保护。但风险刑法理论提出的是对未来的刑法保护。那么,这种对未来的刑法保护是否可能呢?罗克辛教授的回答是否定的。罗克辛教授指出:

这里涉及的问题是:刑法在什么范围内处于这样一种境地,需要以其传统法治国的自由的全部手段,其中也包括法益概念,来克服现代生活的风险(例如以核材料的、化学的、生物的或者遗传技术方式造成的风险)。这个问题经常被否定,并且要求考虑排除产生这种风险的社会原因的必要性。因为这总是仅仅具有有限的必要性,所以,人们在这个领域内,肯定无法完全放弃刑法的干涉。但是,在运用刑法与风险作斗争时,必须保护法益关系和其他法治国的归责原则。在无法做到这一点的地方,刑法的干涉就必须停止。^[28]

因此,现代刑法还是以保护法益为功能的刑法,所谓风险控制的刑法观其实是极为虚幻的,甚至是十分谬误的,并不能成为刑法的核心与基石。

刑法对法益的保护是以法益已经实际受到侵害或者存在着被侵害的危险为前提的。在法益已经实际受到侵害的情况下,因为存在着实害,刑法保护的必要性和正当性是明显的。但在法益存在着被侵害危险的情况下,如何确定法益保护的必要性和正当性,这是一个需要谨慎考虑的问题。否则,刑法的惩罚范围就会丧失限制,这是极为危险的。尽管危险和实害之间存在着差别,但侵害法益的危险还是可以客观地衡量的,甚至也是可以科学地测算的。例如醉驾,虽然尚未发生肇事后果,但肇事后果发生的机率是相当大的,对于这种醉驾行为入罪是完全合理的。醉驾入罪虽然具有防止肇事后果发生这样一种预防性的效果,但这种肇事后果发生的可能性是包含在醉驾行为之中的。相对于惩罚交通肇事行为来说,对没有发生肇事后果的醉驾行为进行惩罚,确实具有一定的预防性。但就醉驾行为本身潜藏着交通肇事后果的可能性而言,对醉驾行为的惩罚主要还是基于法益保护。而所谓风险控制的刑法观,试图在与法益保护相对立的意义上阐述刑法功能,将刑法的预防作用放到了一个重要的位置。

这里的问题是:如何界定刑法预防的客体?根据行为刑法,对法益侵害的结果和危险的惩罚,都具有预防其发生的功能,但这种观念是从属于刑法的报应功能的,并且不能超出报应的需要。换言之,只能在报应的范围内追求预防效果。而根据行为人刑法,则刑法的功能在于预防再犯,即强调刑法的个别预防效果。但以上两个含义上的预防均非风险刑法所预防的客体,而属于传统刑法理论范畴。风险刑法所预防的风险,如同劳东燕教授所指出,是一种无法认定的危险:“传统刑法强调犯罪的本质是法益侵害,这种侵害一般要求是现实的物质侵害后果。

[27] 参见王耀忠:“现代风险社会中危害性原则的角色定位”,《现代法学》2012年第3期。

[28] 罗克辛,见前注〔16〕,页19。

在风险社会中,侵害后果往往很难被估测和认定,化学污染、核辐射和转基因生物等可能引发的危险,超越目前人类的认识能力。”〔29〕可以设想,一种超出人类认识能力并且不能认定的危害,刑法如何进行预防?刑法的预防并不是与惩罚相脱离的另一种功能,刑法所能达致的预防必然是以惩罚为手段的。“对于超出人类认识能力并且不能认定的危险进行刑法预防”这个命题,在一般意义上说,似乎可以成立。但将这个命题用另外一种语言来表达——“对于超出人类认识能力并且不能认定的危险进行刑法惩罚”——就会变得十分荒谬。实际上,刑法预防是以刑法惩罚为手段的,因此,风险刑法理论所提出的对风险社会的风险进行刑法预防的命题,其实际含义就是对风险社会的风险进行刑法惩罚。因此,将风险管控作为风险刑法的功能,并在此基础上建立的刑法观,虽然与以法益保护为核心的传统刑法观之间建立了理论上的对垒,因而具有出新之处,但是,风险管控的刑法观经不起仔细推敲,不具有逻辑性与现实性。即使是主张风险刑法理论的学者也看到了这一点,指出:“风险刑法以刑法功能的界限取代刑法原有的可罚性界限,也就是以刑事政策的考量取代刑法体系自身的判断基准,同样难以划定一个合理而明确的刑法干预界限。由此可以看出,建立在功能主义之上的风险刑法体系的内部存有危机,在不预设法益侵害为实质不法的前提下很难建立起自身的价值体系和处罚范围。”〔30〕以上论述还只是从现实上的可行性而言的,在笔者看来,以风险管控为功能的刑法观在逻辑上就根本难以成立。

(二) 弥散化的危害原则

风险刑法理论对危害原则的重新厘定,也是其体系化的努力之一。这里应该指出,所谓危险原则,又译为损害原则,其英文表述为“harm principle”,〔31〕这是一个英美刑法中的概念,其与德国刑法中的法益侵害之间具有对应性。例如,英国学者安德鲁·冯·赫尔希教授对德国刑法中的法益概念与英美刑法中的损害原则进行了比较,指出:“如果把对于‘损害原则’来说核心的概念——‘损失’,定义为损害一种资源,对于这种资源他人有某种请求权或者一种权利,那么,由此——如果我没有看错的话——同时也就规定了德国讨论中的核心概念——‘法益’的组成部分。出于这个理由,可以说,从‘损害原则’中可以构想出与法益类似的东西。”〔32〕根据赫尔希教授的研究,德国刑法中的法益概念具有与英美刑法中的损害原则共同的功能,都是为刑事惩罚提供正当化根据。当然,随着犯罪现象的变化,无论是法益概念还是损害原则都发生了某种变化,主要是扩张其外延以适应惩治犯罪的需要。当然,正如赫尔希教授所指出,无论是德国刑法中的法益概念还是英美刑法中的损害原则都不能独自完成为刑事惩罚提供根据的任务,还需要有其他原则的辅助。因此,对危害原则的理论言说,实际上是在

〔29〕 劳东燕,见前注〔5〕。

〔30〕 陈晓明,见前注〔18〕。

〔31〕 就“harm principle”这个用语而言,笔者以为翻译为“危害原则”更符合刑法语境,翻译为“损害原则”可能更符合其日常语义。本文除引述以外,称为“危害原则”。

〔32〕 (英)安德鲁·冯·赫尔希:“法益概念与‘损害原则’”,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,页194。

英美语境下展开的,对此应当加以特别说明。例如,美国学者弗恩贝格(Feinberg,亦被译为范伯格)对危害原则的论述与德国学者伯恩鲍姆(Birnbaum,亦被译为毕尔巴模)对法益概念的阐述不能混淆。因此,以下这一论断就存在着这种混淆:

为使危害概念具备相应的规范意涵,弗恩贝格的做法是对妨害利益的方式进行限定,强调妨害利益之行为的不正当性与不可免责性。德日刑法理论则试图通过对利益本身的规范性限定来定义危害,妨碍利益的方式是否正当或免责的问题将放在犯罪构成体系中加以解决。据此,危害被界定为对法益的侵害。法益取代权利而成为危害的定义基础,显然有助于增强危害定义的实证性。借此,人们能够将权利之外的利益的侵害纳入危害的范畴之内,以迎合刑法适用范围扩张的需要。这就是伯恩鲍姆所提出的法益概念最终能够胜出的重要原因。^[33]

以上论述虽然将美国学者弗恩贝格与德国学者伯恩鲍姆分开论述,但使人以为德国学者伯恩鲍姆的法益理论是建立在危害原则基础之上的。实际上,德国学者伯恩鲍姆(1792—1872)是生活在德国18世纪的刑法学家,而美国学者弗恩贝格生活在20世纪,其四卷本的《刑法的道德界限》一书出版在20世纪80年代。^[34]从时间上来看,两者并没有交集。因此,不能将美国学者弗恩贝格与德国学者伯恩鲍姆简单地加以对比。可以说,危害原则与法益理论并无关系。如果说有关联,也只是在比较刑法意义上的联系。

风险刑法理论对刑法中的危害原则进行了反思,提出了在风险社会下,刑法中的危害原则受到挑战,危害概念发生了重大裂变的命题,试图对危害原则进行重新定义与定位。在此,存在以下三个值得研究的问题:

1. 关于危害概念的去规范化问题

风险刑法理论提出了如何使危害概念在具有实证性包容力同时具有规范性的命题,认为在风险社会,危害概念的规范性正在丧失,这就是所谓危害概念的去规范化,这要表现为危险内涵的扩张与模糊化。^[35]这里涉及如何理解规范化与去规范化。按照风险刑法理论,危害概念的规范化是指为犯罪确定边界,而去规范化则是指不能为犯罪确定边界。其实,危险内涵的模糊化则是使犯罪范围扩张,并没有使危害概念丧失界定犯罪的功能。在笔者看来,危害概念是否具有界定犯罪边界的功能与危害概念是否具有规范化功能,这是两个不同的问题。当危害原则作为刑事立法根据的时候,危害概念的功能就是非规范化的或者超规范的;当危害原则作为刑事司法根据的时候,危害概念就具有规范化的功能,它受到刑法规范的限制,只能根据刑法规定来认定行为是否具有危害性。所以,随着社会的变迁,刑法中的危害概念也发生了重大的变化,这是理所当然的。问题在于,对于危害概念的这种变化如何进行评判?危害概念

[33] 劳东燕:“危害性原则的当代命运”,《中外法学》2008年第3期。

[34] 关于弗恩贝格的思想研究,参见方泉:“犯罪化的正当性原则——兼评乔尔·范伯格的限制自由原则”,《法学》2012年第8期。这里的范伯格即是弗恩贝格。

[35] 参见劳东燕,见前注〔33〕。

的这种变化是社会发展的常规性要素所决定的,还是风险社会的非常规性要素所决定的,这才是一个值得研究的问题。笔者认为,风险刑法理论过于夸大了危害概念的变化,以去规范化的特征描述这种变化也不是十分妥切。

2.关于危害概念的主观化问题

危害概念到底是一种客观性判断,还是包含了主观要素的判断,这是需要考察的一个问题。在刑法理论上,一般认为危害只是对行为的客观判断,并不包括对行为人的主观要素的判断。例如,美国学者在阐述弗恩贝格的损害原则时指出:“根据 Feinberg 的理论,一种行为要有刑法上的重要性,不仅必须是有损害的(schädlich),除此之外,还必须是‘有过错的’(wrongful)——至少是故意或者(在某些情况下)是过失实施的。”^[36]因此,危害概念的主观化不可能是指危害概念中包含主观要素,而只能是指危害评价的主观化。风险刑法理论揭示了危害评价的主观化倾向,指出:“在当代的政治语境中,随着刑法成为风险控制的重要工具,随着法定犯的出现与扩张,危害评价呈日趋主观化的趋势。危害评价的主观化,显然与风险社会中风险本身的复杂特点紧密相关。”^[37]这里的危害评价是指刑事立法而言,还是就刑事司法而言,这是需要明确的一个问题。从风险刑法理论的叙述来看,应该是指立法,即在将某一行为规定为犯罪的时候,如何确定该行为具有危险,应当受到刑事追究。这其实是一个在刑事立法时的犯罪甄别问题,当然体现了立法者的意志,因而具有一定的主观性。至于说相对于自然犯的自体恶,对法定犯的禁止恶在立法判断上更具有主观性,在更大程度上取决于立法者的意志,这是完全正确的。但这与风险刑法并没有关系,因为法定犯并不能等同于风险犯。至于我国学者提出风险刑法与法定犯时代的共生关联性的命题,^[38]笔者认为也是缺乏实证根据的。可以说,我国刑法中的法定犯没有一个是与风险社会意义上的技术风险相关的罪名。

3.关于危害概念的功能化问题

如前所述,危害概念与法益侵害一样,都是为立法上的犯罪化提供正当化根据,并且为司法上的犯罪认定提供实体标准。风险刑法理论提出了危害概念功能化的命题,这里的功能化是指为刑法预防提供根据。例如,我国学者指出:“风险社会对刑法功能的重新定位,直接导致危害的意义评价发生转型。相应地,危害的评价不再优先服务于危害作为刑罚之正当根据的意义,而是主要转向对后一维度的意义,即作为刑法目的的预防危害的关注。”^[39]根据风险刑法理论,危害的评价具有两个维度:一是作为刑罚正当性根据,二是作为刑罚预防性目的。前者要求的是已然危害,后者要求的是未然的危害,危害在前者的作用与在后者的功能存在着一种紧张关系。现在的问题是:作为预防对象的危害和作为惩罚对象的危害是否具有同一性?如果肯定刑法是通过惩治已然危害以达到预防未然的危害这一基本逻辑,则功能化的危害

[36] 赫尔希,见前注〔32〕,页191。

[37] 劳东燕,见前注〔33〕。

[38] 参见孙道萃,见前注〔23〕,页305。

[39] 劳东燕,见前注〔33〕。

命题即缺乏坚实的根据。

总之,危害原则是英美刑法中为刑法确定边界而采用的一种理论,这种理论从密尔提出到弗恩贝格的进一步阐述,经历了一个漫长的过程。在风险刑法的理论背景之下,通过对危害原则进行重新定位,力图揭示危害的弥散化特征,以此作为风险刑法的理论根据,笔者认为这是难以成立的,因为刑法中的危害与风险社会中的风险不能等同视之。

(三)疏离化的责任原则

责任主义是刑法的基石范畴之一,在德日刑法中,从心理责任论到规范责任论,再到罗克辛的实质责任论,经历了一个演变过程。但风险刑法理论对刑法中的责任主义进行了解构,提出了刑事归责的功能化、客观化与规范化的问题。

1.关于罪责的功能化问题

传统刑法的罪责是以可谴责性为基础的,具有较强的伦理性与报应性。此后,随着德国刑法学的发展,越来越多的学者提出应当将一般预防的要素纳入罪责的构造之中。其中,以雅各布斯的功能性罪责概念和罗克辛的实质性罪责概念最为著名。雅各布斯提出了目的(一般预防的目的)决定罪责的命题,指出:“责任与目的的联系表现为,目的使责任变成有色的。因为责任刑法(Schuldstrafrecht)作为不应是无目的的刑法而应该是有益于维持秩序的刑法,需要长期存在,为此也需要这种性质的责任,使它即使考虑到责任时也能够长期存在。”〔40〕雅各布斯的功能责任论是要在规范责任论的基础上,进一步考量一般预防的目的,但这里的一般预防并非消极的一般预防,而是以法忠诚为主要内容的积极的一般预防,因此,这种责任刑法是有益于维持秩序的刑法。冯军教授在论及雅各布斯的功能责任论时指出:

功能责任论的核心主张是,行为人是否具有责任,要根据行为人对法规范的忠诚和社会解决冲突的可能性来决定。在行为人忠诚于法规范就能形成不实施违法行为的优势动机,就能战胜想实施违法行为的动机时,行为人却实施违法行为的,就要把行为人解释为实施违法行为的原因,行为人就对其实施的违法行为负有责任;在社会具有更好的自治能力,即使不追究行为人的责任,也能解消行为人引起的冲突,也能维护法规范和社会的稳定时,行为人就无责任。〔41〕

因此,雅各布斯的功能责任论从根本上还是对罪责的更为严格的限制。只有罗克辛教授的实质性罪责概念,在罪责中引入了预防必要性要素,是一种不顾规范可交谈性的不法行为的罪责。所谓规范的可交谈性是把行为人看作一个规范接受者(Normadressaten),其能够回应规范的呼吁,能够期待他们总会遵守这些规范,只有在这种情况下,预防才是必要的。〔42〕应当指出,罗克辛教授的预防必要性既包括一般预防,也包括个别预防。显然,罗克辛所说的一

〔40〕(德)格吕恩特·雅各布斯:《行为 责任 刑法 机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,页6。

〔41〕冯军:“刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷”,《中外法学》2012年第1期。

〔42〕陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,页418。

般预防并不是传统以威吓为内容的积极的一般预防,而是消极的一般预防。罗克辛教授指出:

刑罚是同时取决于两个因素,其一是,用刑罚进行预防的必要性;其二是,犯罪人罪责及其大小。如果人们赞同我的观点,那么,也就意味着,刑罚受到了双重的限制。刑罚之严厉性不得超过罪责的严重性,同时,也不能在没有预防之必要的情况下科处刑罚。这也就是说,如果有利于对犯罪人实行再社会化的话,那么,是可以科处比罪责之严重程度更为轻缓的刑罚的;如果没有预防必要的话,甚至可以完全不科处刑罚。^[43]

由此可见,无论是雅各布斯的功能性罪责概念还是罗克辛的实质性罪责概念,都是在罪责中引入预防目的,使罪责概念功能化,其结果是进一步限制了刑事责任的范围。风险刑法理论也提出了罪责概念化命题,指出:“罪责功能化,这是指行为人对其行为负责,是因为有防卫社会安全的需要,没有预防风险的必要,也就可能没有罪责。可见,风险刑法将罪责的意涵从‘可非难性’转换为‘预防必要性’,归责的过程不再是将特定后果通过归因归咎于行为人的过程,而是为了分配责任的需要而进行归责的过程。”^[44]风险刑法理论所称的罪责功能化,是以预防风险的必要性取代非难可能性,因而否定了罪责中的主观归责要素,这与德国刑法学家所主张的功能性罪责概念和实质性罪责概念以非难可能性为前提的罪责功能化是存在根本区别的:风险刑法的罪责功能化会扩张罪责范围,而德国学者具有预防必要性要素的罪责概念则会限制罪责范围。因为风险刑法理论虽然提出“没有预防风险的必要,也就可能没有罪责”的命题,但却没有从逻辑上消解“只要存在预防风险的必要,也就可能存在罪责”的可能性。

2. 关于罪责的客观化问题

罪责的客观化是一个与风险的功能化紧密相关的问题。其实,刑法教义学中的罪责客观性与风险刑法理论中的罪责客观性,无论是内容还是意义都是截然不同的。这两者的混淆,夹杂在风险刑法理论的叙述当中。对此,不能不加以仔细辨析。

在德国的刑法教义学中,确实存在着罪责客观化的问题,其含义是指将故意与过失等心理事实要素从罪责中去除,将其前置于构成要件,而后以期待可能性作为主观归责要素,而期待可能性实际上是他人对行为人的主观心理的一种客观评价,因此称为罪责的客观化。在刑法教义学中,古典的犯罪论体系所主张的心理责任论的罪责概念具有纯主观的性质;新古典的犯罪论体系所主张的是一种综合性的罪责概念(ein komplexer Schuldbegriff),同时包含心理的和评价的要素,因此其罪责概念具有主客观统一的性质;及至目的主义的犯罪论体系主张的规范责任论的罪责概念,其内容具有纯客观的性质,即只包括期待可能性等评价性要素。例如,日本学者将期待可能性称为客观的责任要素(objektive Schuld-elemente)。^[45]德国学者则将故意与过失称为罪责的评价对象,而期待可能性称为罪责的对象评价。这里的评价对象当然是主观的,但对象评价却是客观的。例如,罗克辛教授指出,规范责任论“通过这种方式,主观

[43] (德)克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,页78—79。

[44] 陈晓明,见前注〔18〕。

[45] 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,页381。

的因素(评价的对象)从罪责概念中被排除出去了,保留下来的‘仅仅是可谴责性的标准’(对象的评价)。”^[46]因此,罪责的客观化具有其特定的含义,即指以评价性要素为内容的罪责概念,这是一种客观化的罪责。

而风险刑法理论所宣称的罪责客观化,则是指将归责的判断前置到构成要件阶层,并且这种归责其实是一种客观归责。例如,我国学者指出:

风险刑法是要解决现代科技高度发展下风险行为的归责问题,由于风险的不可认识性与不可支配性,以行为人对结果要有故意或过失的主观归责条件难以成立,事实上也无法查明和认定。因为风险的威胁往往是在不知道确切行为者或者威胁发生的原因太过复杂的情况下就突然发生,因此谈不上查明主观要素问题。风险刑法试图从客观构成要件的类型化,解决行为人的归责问题,以取代行为人主观归责要素所起的决定作用。^[47]

显然,这一论述是以混淆客观归责与主观归责为前提的。客观归责与主观罪责虽然都是以解决归责问题为使命,但这两种归责的蕴含是完全不同的:客观归责是要解决将一定的法益侵害结果归属于一定的构成要件行为的问题,从而为犯罪成立提供客观根据;而主观归责是在客观归责的基础上,进一步考察行为人是否具备承担责任的主观要素,能否对法益侵害结果承担罪责,从而为犯罪成立提供主观根据。因此,客观归责与主观归责的归责性质与内容都是不同的。尤其是,客观归责与主观归责之间存在逻辑上的位阶关系:前者前置后者,后者以前者为前提。风险刑法理论所称之罪责客观化,其实是指将原本在主观归责中解决的问题,前置到客观归责中进行解决。例如,罗克辛教授指出:“过去信条学的出发点是,客观行为构成会由于行为人举止行为对结果具有因果性而得到满足。在那些刑事惩罚显得不恰当的案件中,人们在故意实施的犯罪中,试图通过否定故意来免除刑罚。”^[48]罗克辛教授以一个教学案例作为例子加以说明:在暴风雨就要来的时候,把别人派到森林里去,希望他会被雷劈死。对于这个案例,条件说会认为具备了行为与结果之间的因果性,构成要件已经满足。在这种情况下,只能通过否定故意来规避刑事处罚。但是,罗克辛教授认为这是一个客观归责的问题,而不是一个故意的问题。客观归责使客观构成要件判断实质化,但并不是一个罪责的客观化问题。风险刑法理论之所以将其误认为是罪责客观化的表现,主要还是由于把客观归责纳入风险刑法的范畴所导致的结果。例如,我国学者将客观归责理论视为归责上的责任主义,指出:“客观归责论的精髓正好体现了风险社会下刑法的价值选择:行为的客观可归责性在于‘制造不被允许的风险’,所以‘允许的风险’就不应受到刑法的限制。通过‘允许的风险’设定了国家刑罚权与公民行动自由的边界,从而防止刑法在社会发展到风险社会阶段过度干涉民众的行动自由。”^[49]就以上论述的内容而言,是指客观归责理论对客观构成要件的实质审查,难以客观归

[46] 罗克辛,见前注〔16〕,页561。

[47] 陈晓明,见前注〔18〕。

[48] 罗克辛,见前注〔16〕,页245。

[49] 毛校霞:“风险社会下的责任主义”,《广西政法管理干部学院学报》2009年第6期。

责的行为当然不构成犯罪。但这里不构成犯罪的原因是缺乏构成要件,而不是不具备罪责。论者之所以将客观归责引入风险刑法论述之中,除了客观归责理论中存在“风险”一词,因其与风险刑法在文字上的契合,而容易导致望文生义以外,另一个重要原因是未能区分构成要件与罪责之间的位阶关系。

3. 关于罪责的扩张化问题

风险刑法理论还提出了罪责的扩张化命题,这种罪责的扩张化主要表现在,风险刑法在以下三个方面突破了责任原则:一是严格责任的引入;二是代理责任的采纳;三是团体责任的适用。我国学者指出:“在风险社会中由于刑法被视为风险控制机制中的重要组成部分,甚至经常不自觉地被置于优先地位,在这种背景下刑法不再为报应与谴责而惩罚就在所难免。当为预防风险而威慑成为施加刑罚的首要理由时,传统责任主义所构建的防线就面临大范围被突破的风险。”^[50]尽管风险刑法理论对于罪责的扩张化在客观描述的同时也表示了担忧,但并没有提出克服之道。更为重要的是,刑法教义学中的预防刑法也并非像风险刑法理论所设想的那样,是以防范风险发生扩张报应刑法的处罚范围,而是以预防必要性进一步限制报应刑法的处罚范围。例如,德国学者许乃曼教授指出:“由应报刑法转向预防刑法,这绝非表示我们可以扬弃个人之可非难性,其仅仅只是将个人之可非难性,由原本作为可罚性充分且必要的条件变成只是必要条件。”^[51]因此,即使是预防刑法也不存在罪责扩张化问题。

通过以上分析可以看出,风险刑法理论虽然在刑法基本立场与具体观点上呈现出不同于传统刑法理论的学术形象,但其中亦存在着对传统刑法理论的误读与误解。尤其是,风险刑法理论本身在体系的建构上存在着脱节与断裂,也不乏扩张与虚言,这些都是值得反思的。

三、风险刑法的立法实例之分析

风险刑法理论提出的应对风险的立法之策的根本在于法益保护的提前化,即对法益进行前置性的保护,以避免其受到风险的侵害。为此,风险刑法理论不仅对传统刑法理论进行了改造,而且在具体观点上,也通过一些例证进行实证性的论证。尤其是以我国刑事立法的修改与补充为例,以此形成风险刑法并不仅仅是一种理论,而且是一种已经为立法所确认的现实的印象。例如,我国《刑法修正案(八)》设立了危险驾驶罪,将醉驾行为入罪以后,我国学者从风险刑法角度对危险驾驶罪的规范目的进行了解读,指出:“如何以立法约束行为人的行为与强化公民的规范意识,从而把交通可能带来的风险降到最低,也就成为危险驾驶行为入罪的理由。

[50] 魏汉涛,见前注〔7〕。

[51] (德)许乃曼:《刑法体系与刑事政策》,王效文译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑法论文选辑》,台北新学林出版有限公司2006年版,页55。

而有效控制交通风险,则成为本罪的规范目的。”^[52]即使是质疑风险刑法理论的学者也将《刑法修正案(八)》对生产、销售假药罪,重大环境污染事故罪,非法采矿罪,生产、销售不符合安全标准的食品罪,生产、销售有毒、有害食品罪的修改,以及增设食品安全监管失职罪等,视为我国刑法对如何规制风险社会中风险作出的回应。^[53]因此,对于这些风险刑法的立法表现需要进行深入的考察。

(一)过失犯的范围拓展

过失犯是风险刑法理论言说中一个不能绕过的话题。事实上,风险刑法理论也确实是从过失犯引发的。因此,对于风险刑法中过失犯的范围拓展问题,有必要进行研究。

在风险刑法理论提出之前,在刑法理论上就曾经提出过在工业社会的科技条件下过失犯理论面临挑战的问题。例如,苏俄学者对于科技条件下过失行为的犯罪化问题出现了争议:

有些人认为,过失只有实际发生结果的,才可能承担责任。但大多数人的观点相反,他们提出了如下论据:在科技革命条件下过失的危险性增大了;根据造成的后果(主体没有预见,或者希望避免的结果)规定刑事责任,其预防作用不能充分发挥,必须规定故意和过失犯罪(实施危害社会的行为,而不是发生的结果)承担责任的一般原则;过失引起的结果大都具有偶然性;必须根据对损害发生之前的活动有无辨认能力,在主观上是否进行控制来规定责任。^[54]

这里的大多数人的观点就是过失危险犯的设立,以此扩张过失犯的惩罚范围。与此同时,德国学者对于工业社会中的危险增加条件下的过失犯,出现了两种相反的倾向:一方面,通过允许危险原则限制过失犯的成立。例如,德国学者许乃曼教授指出:

随着生产、交通领域甚至私生活领域的科技化,预计在工业社会中必然会发生一些意想不到的事件,由于某些复杂程序的存在而这些事件不能完全避免,此即刑法理论中所称的“允许危险”的原则。根据该原则,危害结果的刑事责任问题不能仅根据每一案件中的可预见性确定,而应从安全准则被忽略的行为中确定。刑事责任体系意味着:首先违法行为本身取决于对一般预防措施的忽视;其次个人贯彻安全准则的能力成为承担责任的另一个要件。^[55]

根据允许危险原则,危害可以分为允许的危害与不允许的危害。在允许危害范围内,不需考虑被告人主观上的过失而直接出罪。只有在不允许危害范围内,则根据是否具有过失而确定是否构成犯罪。因此,允许危险原则事实上是限制了过失范围。另一方面,德国学者又提出

[52] 姜涛:“危险驾驶罪 法理与规范的双重展开”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第32卷),北京大学出版社2013年版,页191。

[53] 参见齐文远:“刑法应对社会风险之有所为与有所不为”,《法商研究》2011年第4期。

[54] (苏)И·С·戈列利克等:《在科技革命条件下如何打击犯罪》,王长青、毛树智译,群众出版社1984年版,页110。

[55] (德)许乃曼:“传统过失刑事责任观念在当代社会中的弊端——新的趋势与展望”,王秀梅译,《法学家》2001年第3期。

了从过失犯罪向危险犯罪演变的命题,由此而使过失犯的处罚前置。许乃曼教授指出:“过失犯罪未来会表现为各种危险犯罪。如果我们能够正确地用法律术语表述危险行为,在过失犯罪领域我们才能有望取得进展。”^[56]以上论述都是在工业社会科技发展、危险源增加这样一个社会背景下展开的。可以看出,随着从农业社会向工业社会的转变,尤其是在科技条件下,过失犯罪的形态与特征都发生了重大变化,为此,过失犯罪的立法也应该随之而转变。但是,以上学者所说的风险或者危险都是指工业社会的风险,而不是后工业社会的风险。因此,并不能将这些应对工业社会风险的过失犯演变的理论纳入风险刑法的理论体系之中。

在刑法教义学的意义上,对于许乃曼教授所说的从过失犯罪向危险犯罪演变的命题如何评价?这里的问题是:转变以后的所谓危险犯还是过失犯罪吗?这本身也是一个值得从刑法教义学角度进行深入探讨的问题。

在风险刑法理论中,过失危险犯被视为刑法的防线为应对风险、阻止风险实现或者造成更大的风险而前移的一个绝佳例证而屡被提及。由此,过失犯是受到风险刑法理论影响最大的领域之一。例如,我国学者指出:“一定程度的抽象性类型化设置可以作为具体事实和法规范的最佳连接点,既符合过失犯的开放性构成要件的特点,又使得在风险社会下的过失犯的多样化和复杂化得到相应处置,而不至于频繁增加法条以致增加法官的解释法条的惰性。”^[57]我国在《刑法修正案(八)》中增设的危险驾驶罪,被认为是在风险社会中对过失犯处罚前置的一个立法例。在此之前,我国刑法规定了交通肇事罪,这是一种以肇事结果发生作为犯罪成立条件的犯罪,是传统刑法中典型的过失犯,而醉驾只不过是对交通肇事罪从重处罚的量刑情节之一。但鉴于醉酒驾驶的严重危险性,立法机关专门设立了危险驾驶罪,将未发生肇事结果的醉驾行为规定为犯罪。在这种情况下,对交通肇事罪的处罚前移至未发生肇事结果的醉驾行为。在危险驾驶罪设立以后,对于其主观罪过究竟是故意还是过失,以及究竟是具体危险犯还是抽象危险犯存在着争议,但主张危险驾驶罪属于过失的抽象危险犯的见解具有一定影响。例如,冯军教授指出:

《刑法》第133条之1处罚醉酒型危险驾驶罪的规范目的在于,防止行为人在因为醉酒而不具备安全驾驶能力时在道路上过失地不安全驾驶机动车。它针对的应该仅仅是这样一种情况:行为人故意或者过失饮酒后,虽然行为人事事实上已经因为醉酒而处于不能安全驾驶机动车的状态,却因为疏忽大意而没有预见自己的醉酒驾驶行为会造成公共安全的危险;或者已经预见自己的醉酒驾驶行为会造成公共安全的危险,却轻信自己还能够道路上安全驾驶机动车,轻信自己的醉酒驾驶行为不会危害公共安全,因而故意在道路上醉酒驾驶了机动车,却过失地造成了公共安全的抽象危险。^[58]

在此,冯军教授并不否认醉酒驾驶行为本身是故意的,之所以认定为过失的抽象危险犯,

[56] 同上注。

[57] 刘崇亮:“风险社会视野下过失犯构成设置模式之思考”,《中国人民公安大学学报》2010年第4期。

[58] 冯军:“论《刑法》第133条之1的规范目的及其适用”,《中国法学》2011年第5期。

是指行为人对于公共安全的抽象危险具有主观上的过失心理。但在这里,冯军教授是把抽象危险看作一种结果,因此才会有对这种结果的过失可言。笔者认为,抽象危险犯是一种特殊的行为犯而非结果犯,其责任形式应该以对行为起支配作用的主观心理态度确定。因此,将危险驾驶罪确定为过失的抽象危险犯并不妥当。^[59]虽然冯军教授不是在风险刑法的语境下论述危险驾驶罪属于过失的抽象危险犯,但对于正确理解过失危险犯还是具有理论意义的。

对于所谓过失的抽象危险犯,笔者认为并不是过失犯,因为过失犯是结果犯。在结果没有发生的情况下,对于行为的处罚是一种故意行为的犯罪化。在这种情况下,应当成立的是故意的抽象危险犯。我国主张过失危险犯的学者认为,过失危险犯在主观上具有以下两个层次的罪过心理:一是行为人有违章的故意;二是行为人对于严重危险结果的出现是出于过失。^[60]这一对过失危险犯的主观心理状态的描述是以过失的具体危险犯为对象的,因此按照行为虽然故意但对于结果却是过失这样一种思路进行逻辑推演。至于过失的抽象危险犯,因为连具体危险都不存在,因此也就不存在对于抽象危险的过失问题。换言之,只要证明过失的具体危险犯不存在,过失的抽象危险犯自然也就不存在。笔者认为,没有发生实害结果但对抽象危险的发生具有过失的故意行为犯罪化以后,究竟是认定为故意的行为犯还是过失的危险犯,涉及一个对于故意的理解问题,即是否存在着危险故意?危险故意是相对于实害故意而言的,指明知或者预见自己的行为会对某种法益足以发生危害结果的危险,并且期待或者放任这种危险发生的犯罪心理。^[61]因此,危险故意并非是对危害结果的故意,而是对危险的故意。当然,对于具体危险犯与抽象危险犯来说,危险故意的内容也还是存在差别:具体危险犯的故意要求具有对具体危险的认知,而抽象危险犯则只要具有对其行为性质的认知即可成立故意。如果承认危险故意,那么对于危险犯的主观心理态度就不能再按照行为虽然故意但对于结果却是过失这样一种思路进行逻辑推演。这种区分故意与过失的观点,在很大程度上还是以实害故意为基准的。基于危险故意的观点,只要行为人对于行为的危险性具有故意(抽象危险犯的故意)或者对于行为造成的具体危险具有故意(具体危险犯的故意),就应当成立故意的危险犯。因此,在醉驾构成的危险驾驶罪中,只要行为人对于醉驾行为本身具有故意,就应当构成故意犯罪,而不能根据其对于危险结果具有过失而认定为过失犯罪。我国学者根据危险犯的类型,将危险故意分为以下四种情形:①紧迫型具体危险犯的故意:行为的知与欲+实害结果的知与欲;②中间型具体危险犯的故意:行为的知与欲+危险结果的知与欲;③轻缓型具体危险犯的故意:行为的知与欲+危险结果的过失;④抽象危险犯的故意:行为的知与欲+抽象危险的过失或故意。在论及醉驾型的危险驾驶罪的主观罪过形态时指出:“危险驾驶罪的罪过内容为:

[59] 对于冯军教授观点的商榷,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。

[60] 参见刘仁文:《过失危险犯研究》,中国政法大学出版社1998年版,页58—59。

[61] 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2004年版,页185。

行为人对于危险驾驶行为具有故意,对于行为所造成的抽象危险既可以是故意也可以是过失。”〔62〕这一论述是较为细致的,也是具有启发性的。无论如何,对于危险犯都应当根据对于行为的主观心理认定其为故意犯罪,这也在事实上否定了过失危险犯的存在。

危险犯包括具体危险犯与抽象危险犯的主观罪过到底是故意还是过失,这当然是一个刑法教义学问题,与风险刑法似乎并未关联。但在风险刑法的理论论述中,经常把过失的抽象危险犯作为过失犯在风险刑法的背景下扩张的一个例证,因此对此的讨论还是必要的。

(二)行为犯的处罚前置

行为犯是区别于结果犯的一种犯罪类型,指不以结果发生作为构成要件的犯罪类型。行为犯存在广义与狭义之分:狭义上的行为犯是指纯粹行为犯,即与危险犯、举动犯相对应意义上的行为犯;而广义上的行为犯则包括了阴谋犯、危险犯、举动犯等不以实害结果发生作为犯罪成立要件的犯罪类型。在更广义上说,持有犯也属于行为犯的范畴。行为犯与结果犯在侵害客体的程度上有所不同:结果犯发生了实害结果,侵害程度较深;行为犯只具有侵害危险,尚未发生实害结果,侵害程度较轻。而行为犯具有不同的情形:一种情形是行为本身根本就不可能发生某种结果,另一种情形是行为可能发生某种结果,立法者不要求这种结果发生即构成犯罪;如果结果发生,则构成更为严重的犯罪。在行为犯中,前一种情形较为罕见,后一种情形较为多见。因此,立法者设立行为犯确实具有将处罚前置的目的。

风险刑法理论一般都以行为犯中的危险犯作为刑法应对风险将刑事处罚前置的例证。例如,我国学者在论及风险刑法的刑事立法语境中的立法技术时,将危险犯作为犯罪标准的前移的表现,指出:

在当代,基于对威胁公众生命与健康危险的预防需要,结果被扩张解释为对法益的侵害或危险。危险犯成为重要的犯罪形式大量地出现在公害犯罪中。现实的法益侵害不再是构成犯罪的必备要件。具体危险犯中危险尚需司法者作具体判断,即根据具体案件的特定关系,确定行为对通过相关构成要件加以保护的客体造成现实的结果性危险。抽象危险犯中司法者甚至无需关注个案的特定情形,也无需判断具体的结果性危险存在与否。抽象危险犯是以一般社会生活经验为根据,通过类型化技术构建的类型化危险;防止具体的危险与侵害只是立法的动机,并不成为构成要件的前提。〔63〕

在此,论者将危险犯置于风险社会的刑法应对这样一个背景下进行论述。确实,相对于古典时期以结果为本位的刑法,现代刑法逐渐地向以行为与结果双本位的方向漂移。但是,这种立法现象并非风险社会理论出现以后才有的,在应对工业社会的风险中就已经采取了这种立法方式。例如,张明楷教授指出:

抽象危险犯不是风险社会的产物。例如,19世纪的《德国刑法典》、《法国刑法典》都规定了抽象危险犯,1907年制定的《日本刑法典》也规定了不少抽象危险犯。此外,即使

〔62〕 欧阳本祺:“论危险故意”,《法学家》2013年第1期。

〔63〕 劳东燕,见前注〔5〕。

当今各国刑法不断扩大处罚范围,但其所增加的犯罪也不乏实害犯,如我国8个刑法修正案所增加的犯罪大多是实害犯。因此,上述所谓立法模式“正在从实害犯到具体危险犯再向抽象危险犯的时代跃进”的说法并不符合事实。^[64]

笔者认为,现代刑法中的危险犯增加是一个不可否认的现实,但说危险犯的时代已经到来,则多少有些危言耸听。更何况,危险犯的增加具有其不同的立法背景。张明楷教授论及我国刑法修正案增加的罪名,确实实害犯较多,但也有不少将结果犯修改为行为犯,将具体危险犯修改为抽象危险犯的立法例。例如,我国《刑法》第141条规定的生产、销售假药罪,原刑法以足以严重危害人体健康为成立要件,这是典型的具体危险犯,但《刑法修正案(八)》删去了具体危险的内容,实际上是将本罪从具体危险犯修改为抽象危险犯,使本罪的入罪门槛大为降低,有利于惩治生产、销售假药的犯罪行为。对此,立法机关解释本罪的立法理由时指出:“根据原规定,生产、销售假药‘足以严重危害人体健康’的才构成犯罪。在修改后的规定中,本罪为行为犯,只要实施了生产、销售假药的行为就构成犯罪。这样修改是考虑到药品的主要功能是治疗疾病,维持人体健康,生产、销售假药的行为已经构成对人体健康的威胁。”^[65]这里所说的行为犯其实就是抽象危险犯,这也可以看出,在我国刑法理论中对于行为犯与抽象危险犯并不怎么区分。此外,我国《刑法》第338条规定的污染环境的犯罪,原刑法规定只有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员伤亡的严重后果才构成犯罪。因此,本罪是责任事故型的过失犯罪,并且是结果犯。但《刑法修正案(八)》修改为只要实施了违反国家规定,排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质行为,严重污染环境的,就可以构成犯罪。立法机关在解释本罪的立法理由时指出:

为保障人民群众的生命健康安全,严惩严重污染环境的行为,维护经济的可持续发展,本条对重大环境污染事故罪的犯罪构成作了修改,降低了犯罪构成的门槛,将原来规定的“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“严重污染环境”,从而将虽未造成重大环境污染事故,但长期违反国家规定,超标排放、倾倒、处置有害物质,严重污染环境的行为规定为犯罪。^[66]

经过修改以后,本罪的罪名从重大环境污染事故罪改变为污染环境罪。本罪是否从过失犯罪改变为故意犯罪,在我国刑法学界存在着争议。例如,张明楷教授指出:“本罪原本为过失犯罪,但经《刑法修正案(八)》修改后,本罪的责任形式应为故意。”^[67]但也有个别观点认为,本罪仍为过失犯。^[68]至于是否从结果犯修改为行为犯,则取决于对严重污染环境的理解。立法机关

[64] 张明楷:“‘风险社会’若干刑法问题反思”,《法商研究》2011年第5期。

[65] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法修正案(八):条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2011年版,页77。

[66] 同上注,页179。

[67] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页995。

[68] 参见周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》(下),人民法院出版社2013年版,页858。

指出：“所谓严重污染环境，是指既包括了造成财产损失或者人身伤亡的环境事故，也包括虽未造成环境污染事故，但是已使环境受到污染或者破坏的情形。”〔69〕按照这一理解，本罪除仍然可以由造成环境污染事故构成以外，即使没有造成环境污染事故但环境受到污染或者破坏的，也可以构成本罪。在这个意义上，本罪还不能说是行为犯，但入罪门槛大为降低则是事实。

对于我国刑法修改过程中，将具体危险犯修改为抽象危险犯，将结果犯修改为行为犯这样一种现象，风险刑法理论都将之归结为应对风险的立法体现。如果说这里的风险是指工业社会的风险，那么还有一点道理。其实，这一刑事立法的转变在经济发达国家早在半个世纪以前就已经完成，而我国当前正处在工业社会的飞跃时期，大量事故型犯罪出现，亟需刑法介入。不过，我们还必须看到，我国刑事立法的这一发展，还具有我国特定的法律语境，这就是二元制的处罚体制。我国采取的是行政处罚与刑事处罚的二元处罚体制，分别由行政机关行使行政处罚权，包括公安机关行使治安处罚权；由司法机关行使刑事处罚权。两种处罚制度所处罚的行为，除了一部分在性质上存在区分以外，绝大多数是同一种行为根据其情节轻重分别受到行政处罚与刑事处罚。为实现这种二元处罚体制，刑法对犯罪设置了数额与情节的限制。这种二元处罚体制当然有利于限制犯罪的范围，但涉及行政处罚与刑事处罚的衔接等制度技术。从目前的运行情况来看，效果并不理想。例如，对于污染环境的犯罪，根据原刑法的设计，只有造成重大事故的污染环境犯罪才进入司法程序，受到刑事处罚；没有造成重大事故的污染环境行为，则由行政机关进行行政处罚。但行政处罚不力，使一般的污染环境违法行为未能受到应有的行政处罚。在这种情况下，降低污染环境犯罪的刑事处罚的门槛，实际上是使本应当受到行政处罚的行为进入刑事处罚的范围，这是一种刑事处罚权与行政处罚权的此消彼长。在我国存在广泛的行政处罚的特定语境下，将刑事处罚前置这种立法现象，与其看作应对风险的举措，不如视为调整刑事处罚与行政处罚边界的一种努力。因此，风险刑法理论对于我国刑事处罚前置的立法变迁的解释也是缺乏内在根据的。

在讨论刑事处罚的前置这一问题的时候，需要考虑特定法律语境的另外一个例证是预备犯。德国学者是在预备犯的正当性的题目下探讨通过危险犯前置可罚性这一命题的。例如，德国学者指出：

刑法学界通过不同的方式承认了危险犯所必要的特殊正当化标准并且将其体系化。本文所发展的分类方式着眼于如何在不同类别的案件中奠定不法。从这种立场出发，接下来将区分危险犯的三种具有不同特殊正当化根据的主要类别：第一类是“客观危险创设犯”(objektive Gefahrschaffungsdelikte)，此时对法益的危险主要源自于自由行为人——故意或者过失地——所创设的、但是不能再为其所控制的客观危险状态。第二类是“预谋犯”(Planungsdelikte)，此时危险由行为人通过外在行为所表现的、实施犯罪行为的故意而引起。第三类是“协作犯”(Kooperationsdelikte)，其特点在于，特别地通过多个行为人

〔69〕 郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社2011年版，页589。

的——致使风险提升的——共同影响而将犯罪决意与其客观表征相结合。^{〔70〕}

以上三类情形,都是以德国刑法典不处罚预备犯为原则的特定法律语境为前提的。只有在刑法总则没有处罚预备犯的一般规定的情况下,才需要对刑法分则通过设置危险犯将刑事处罚前置的正当性进行专门论证。但在我国刑法中,总则明确规定了处罚预备犯的一般原则,在这种情况下,刑法分则即使没有危险犯的设置,对于这种情形也可以按照预备犯加以处罚。因此,对于刑法分则设置危险犯等情形的正当性并不需要专门论证。正是在这个意义上,我国刑法中危险犯的设置及其罪名增加,与风险社会并没有关系。

(三)不作为犯的边界扩张

不作为犯是相对于作为犯而言的。一般来说,刑法以处罚作为犯为原则,以处罚不作为犯为补充。因此,传统刑法中的不作为犯总是罪名较少的。风险刑法理论认为,当代刑法出现了不作为犯扩大的趋势,此外还出现了持有这种特殊的行为,这被认为是风险刑法的表现之一。例如,我国学者在论及不作为犯扩大趋势时指出:“传统不作为中的作为义务,常限于行为人与被害人之间有特殊身份关系的情况,但如今作为义务有不断扩展的趋势。为防止危害,人们赞成扩大而非收缩不作为刑事责任的范围。作为义务开始扩大至普通人之间,制定法成为作为义务的直接来源。”^{〔71〕}作为不作为犯边界扩张的一个范例是见危不救行为的犯罪化,论者指出:见危不救只有在高风险的工业社会才被犯罪化。见危不救首先是一个道德问题,其次才是一个法律问题。事实上,见危不救可以分为两种情形:一是基于职务、业务而具有救助义务的见危不救,二是基于伦理关系或者公共道德而具有救助义务的见危不救。前者是一个违反法律义务的问题,后者是一个违反道德义务的问题。前者的犯罪化,主要涉及的是社会管理问题;后者的犯罪化,主要涉及的是道德水平问题。这是两个不同的问题,从风险刑法理论的角度,成为问题的应该说是前者而非后者。无论是职务、业务上的见危不救还是违反道德义务的见危不救,在刑法上都远远早于风险社会理论的提出。例如,我国学者对各国刑法中的见危不救犯罪的规定进行了梳理,指出在中国对特定情形下不救助行为的惩罚性规定可以追溯至秦朝,而德国也在1871年刑法典就有关于不予救助行为的规定。^{〔72〕}因此,笔者认为,见危不救行为的犯罪化与风险社会并无关系。见危不救中的危险是一种通过他人救助可以避免的风险,刑法对见危不救行为的惩罚有利于防止这种风险的实现,也许是在这个意义上被风险刑法理论所关注并吸纳。但这只是一种臆想性的关联,而不是实质性的联系。

除了不作为犯以外,风险刑法理论还提及持有犯,认为持有行为的犯罪化也是应对风险的立法举措。例如我国学者指出:“持有犯罪的对象通常是与犯罪有高概率联系的物品,如犯罪

〔70〕 (德)乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法——二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,页210。

〔71〕 劳东燕,见前注〔5〕。

〔72〕 参见叶慧娟:《见危不助犯罪化的边缘性审视》,中国人民公安大学出版社2008年版,页68、72—73。

工具、毒品、枪支等。尽管持有可能由作为引发或者产生作为,若没有证据证明作为的存在,或作为本身不具有刑法意义而无法构成作为犯罪,则持有犯罪本质上惩罚的便是某种状态。状态型犯罪的立法目的是要把侵害法益的风险扼杀在摇篮里。”^{〔73〕}在此,论者提及侵害法益的风险,由此而在持有犯与风险刑法之间建立起某种联系。问题在于:侵害法益的风险是风险社会的风险吗?任何侵害法益的行为,根据行为发展进程都可以分为以下不同的阶段:预谋、着手、实行、结果发生、结果加重。在一般情况下,刑法是以结果发生为要件设立犯罪的,此即结果犯。但在刑法中也存在以下较为特殊的犯罪类型:以预谋为要件的犯罪,此即阴谋犯;以着手为要件的犯罪,此即举动犯;以实行为要件的犯罪,此即行为犯,包括危险犯、持有犯等。至于加重结果,则是在结果犯的基础上构成结果加重犯。除此以外,刑法还有预备犯、未遂犯、中止犯之设定,对在犯罪发展不同阶段停顿下来的犯罪,分别予以处罚。相对于结果犯与既遂犯而言,对于其他犯罪类型的处罚都具有前置性,也都具有预防法益侵害风险的意蕴。这里的法益侵害的风险与风险社会的风险是没有任何联系的,因为后工业社会的技术风险根本进入了刑法调控范围。在持有犯问题上,风险刑法的论述同样是想象的成分大于科学的论证。

四、结 语

刑法所规制的犯罪现象不仅是一种法律现象,而且是一种社会现象,并且首先是一种社会现象。因此,随着社会形态与社会生活的变迁,刑法包括刑事立法与刑事司法,也必然随之发生改变。这是毫无疑问的,也是刑法学者必须把握的刑法发展规律。从这个意义上说,风险刑法理论试图从社会演变当中寻找刑法以及刑法理论变化的根据,藉此推进刑法理论的发展,这是值得肯定的。但是,风险刑法理论与其赖以凭籍作为理论根据的风险社会理论之间难以无缝对接,使风险刑法理论根基不稳。风险刑法理论在对刑法例证的论证中,过于大而化之而没有细致推敲,结果导致大胆假设有余、小心求证不足。所有这些,都使得风险刑法理论只能获得一时之观点喧嚣,而难以取得长久之学术积淀。这是令人遗憾的。对风险刑法理论进行法教义学的批判,并不是否认刑法理论的创新,而是指出这种创新必须要以刑法教义学为依托,对刑法教义学的理论体系进行知识补充与思想升华。

此为结论。

(责任编辑:江 溯)

〔73〕 劳东燕,见前注〔5〕。