

风险社会与变动中的刑法理论

劳东燕^{*}

摘要 风险社会理论与刑法体系之间的关联点不是风险概念,而是安全问题。政治层面与公共政策上对安全问题的高度关注,导致预防成为整个刑法体系的首要目的。刑法体系在目的层面向预防的转变,深刻地影响了传统的刑法体系。这种影响不仅体现在法益论的流变及困境与刑事责任根据的结构性嬗变上,也体现在教义学中其他理论(包括不法论、罪责论、实质化、因果关系与归责论、故意理论以及被害人学)的调整与重构上。风险刑法本质上是一种预防刑法。刑法的预防走向对传统的自由主义与形式法治国构成重大的威胁。有必要在正视预防的前提之下,从现有的体系中发展出合适的控制标准,包括强化刑法内部的保障机制与宪法上基本权利的制约作用。

关键词 风险社会 预防刑法 风险刑法理论 刑法教义学 法益论 因果关系

导言

似乎只是在一激灵间,有关风险社会的话语在中国就变得铺天盖地,风险刑法的话题也顺利成章地成为我国刑法学界热门的研究主题之一。这无疑端赖于近年来频频曝光的各类产品责任事故(尤其是药品、食品与机动车)、环境污染事故与恐怖主义事件。2008年的三鹿奶粉事件与2013年新西兰奶粉涉毒(肉毒杆菌)事件清楚地揭示,人为的新型风险具有怎样迥异于传统风险的特性,其波及范围与引起恐慌的程度为传统社会所无法想象。中国社会仍然面临物质短缺的分配冲突,但同时我们也身不由己地开始置身于全球性的风险社会之中。正是在这种几乎人人自危的情境之下,风险刑法理论高调地出现在我国的刑法学界,并方兴未艾地展

^{*} 清华大学法学院副教授。本文系笔者主持的教育部人文社科规划基金项目“风险社会与罪过理论研究”(项目批准号为09YJA820038)与清华大学文化传承创新基金项目“风险社会与过失犯罪研究”的阶段性成果。

开,相关的论者也迅速分化为支持与反对两大阵营。然而,总体来看,当前有关风险刑法理论的争论基本局限于意气之争,论战双方都过于关注与热衷自身立场的表白,流于对论战对手贴上标签,而很少真正深入思考风险社会中刑法理论的建构必须直面的重大命题。如学者所言,这场看似激烈的争论其实并未深入本质。^{〔1〕} 不管这场论战的结局如何,都有可能导致负面的结果:支持者的胜利可能让一种错误的、激进的刑法理论主导刑事立法和司法,反对者的胜利则可能剥夺刑法在应对风险社会危机中原本存在的机会。^{〔2〕}

笔者是国内较早关注风险社会与刑法体系(包括刑事实践与刑法理论)之间关系的学界中人,也因此,被理所当然地归入支持风险刑法理论的阵营。对于这样的归类,笔者本人并不认同。风险社会在笔者的研究中,仅仅构成讨论问题的社会背景。笔者着重关注的是20世纪中期以来刑法体系所经历的变化,以及驱动这种变化的原因。因而,相关研究基本上都是描述性的,而不是规范性的。换言之,这样的研究只是在描述与交待刑法中有哪些理论经历了变化,经历了什么样的变化,为什么会出现这样的变化,以及这种变化对未来的刑法发展可能产生的影响。确切地说,这是一种以风险社会为背景的刑法理论研究,而不是一种有关风险刑法理论的研究,更不是一种为风险刑法理论大唱赞歌的研究。风险社会仅仅代表对社会特定发展阶段与形态的全称性概括,这也是社会学上的风险社会理论基本意义之所指。即使放弃风险社会的概念,而是采用“晚期现代社会”、“后工业社会”甚或“后现代社会”等概念来指代,也完全不影响笔者的相关研究。将笔者归为风险刑法理论的倡导者,即使不算是完全的误读,至少也有不小的误解在里面。

以风险社会为背景考察刑法体系,只意味着尝试运用风险社会的理论来解读刑法体系在实然层面经历的变动,不意味着在应然层面对这种变动的肯定或支持。事实与规范本是二元分离的世界。康德哲学让我们认识到,我们不可能从“什么是”中得出什么是富有价值的,什么是正确的,什么应该是怎样的。“从未有什么东西因为‘它是’或者‘它曾经是’中——或者即使‘它将要’就能说明‘它是正确的’。不可避免的事并非因此就值得追求,不可能的事也并非因此就是不正确的。”^{〔3〕} 诚然,描述本身并非价值无涉,如何描述在一定程度上代表了作者的学术立场,很难完全摆脱评价的色彩。此外,描述性研究的最终落脚点的确也在于解决刑法理论应当往何处走的问题。然而,这充其量只能表明,笔者反对刻舟求剑式的研究,认同刑法理论应当根据社会发展的需要因时因地进行构建,在风险社会的背景之下,必须考虑刑法理论的合目的性与有效性的问题,而不能仅仅追求体系内在的逻辑自洽。换言之,有必要在变动的语境之下来审视与评价刑法理论发展的合理性与应然走向,不能抛开变动的语境去随意表达对刑法具体问题的立场。

笔者从来没有在任何场合提倡刑法应当以保护社会为主、保障人权为辅,刑法的价值取向

〔1〕 需要指出的是,关于这场论战的本质,本文的看法有所不同。

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

〔3〕 (德)G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,页7。

应当侧重于秩序而非自由,更从未主张罪责刑法应当为安全刑法所替代。如果有类似的表达,那也只代表实然层面笔者对刑法发展的认识论判断,认为当代刑法出现向这一方向发展的趋势,而并不必然代表笔者赞同刑法理论应当向相应的方向全力迈进。恰恰相反,笔者曾多次表达过对当代刑法这种发展趋势的担忧,认为其中潜含着对个体自由保障的重大威胁。在“公共政策与风险社会的刑法”一文中,笔者指出,由于风险刑法本身蕴含着摧毁自由的巨大危险,故有必要强调刑事责任基本原则的约束力,对例外的适用进行严格规制。^{〔4〕}在“危害性原则的当代命运”一文中,笔者通过揭示危害概念内涵的流变与危害性原则批判功能的丧失,认为古典的危害性原则的崩溃凸显出当代刑法所面临的困境,它不仅意味着传统自由保障工具的失落,也助长了权利的工具化与刑事司法的政治化。^{〔5〕}在晚近的“危害与犯意之间:从权利保障到风险控制”一文中,笔者再次重申前述立场,同时提出随着危害性原则与犯意原则的批判功能的丧失,刑法体系中已不存在任何可供凭借的实体性工具,去防范作为犯罪定义主体的国家对规范优势的滥用,刑法体系开始无法制止刑事政策与政治需要过于亲密的迎合,也无力约束民粹性的报复主义对犯罪的政治化所创造的压力。^{〔6〕}

就风险社会理论与刑法体系的关系问题而言,重要的或许不是一头扎进立场之争,而是了解与正视刑法体系已然经历与正在遭遇的重大变化及其原因。无论如何,在没有真正知悉刑法体系究竟已经发生什么变化、“也许正在发生”一些什么,为什么会发生这些变化,变化想要应对的是什么样的社会问题,以及这些变化带来怎样的冲击与影响等情况之下,轻言支持或反对某种价值立场至少是不严谨的。这是因为,在没有诊断清楚病理与病因之前,所进行的任何批判都可能是隔靴搔痒或者开错药方,

法律和社会实践并不一定会因为学术批判而停止脚步,它们在很多时候是脱离甚至反对理论的。因此,如果理论确实已经发生于实践之后,现代学者可能要做的更多的是先争取辨清事态,然后理性分析,最后才形成结论。多元化的现代格局瓦解了宏大体系,学术上认识和分析(“知”)的意义也许已超过了批判和变革(“欲”)的意义,这也是为什么目前的思想理论界和社会都呈现得如此破碎的原因。执着于抽象的、假定的原则,乃是在启蒙以来的现代道路上继续前进,可是当危机毕现时,我们若不停下来认真看清危机,那么我们可能面对着更多更大的危机,这时,实践做法也许已经和抽象原则脱离,前者成为现代特征,后者成为古典原则了。^{〔7〕}

强调学术上“知”的重要性,不是要否认规范性研究的意义,而只是说,价值立场的选择应当放在洞悉刑法体系所经历的变化之后。在此基础上,对刑法体系发展走向的反思与批判才

〔4〕 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。

〔5〕 参见劳东燕:“危害性原则的当代命运”,《中外法学》2008年第3期。

〔6〕 参见劳东燕:“危害与犯意之间:从权利保障到风险控制”,载北京大学法学院刑事法学科群编:《刑法体系与刑事政策》,北京大学出版社2013年版,页233—238。

〔7〕 蔡桂生:“敌人刑法的思与辨”,《中外法学》2010年第4期。

是有意义的,也才可能具有针对性。泛泛地反对或者支持风险刑法理论或风险社会理论,可能会遮蔽真正有价值的命题——在预防性刑法不断扩张的背景之下,如何重新审视与处理自由与安全之间的关系。

此前的研究中,笔者大多做的是专题性的探讨,即由危害性、罪责、故意、因果关系、不法等基本概念或制度切入,单线梳理其在风险社会中所经历的演变及其所带来的影响后果。本文则意在全面勾勒与描绘刑法体系所经历的重要变动,分析这些变动具有的共同本质,同时力图揭示促成这些变动的社会原因。如果套用历史学的话语,则本文做的类似于断代史的研究。法律史研究的目标不仅是要按照时间的脉络准确地记录法律的发展过程,而且要揭示法律发展及法律思想演进的背后原因,正是后一点让法律史的研究与社会学的研究紧密结合在一起。^{〔8〕}基于此,本文前四部分的内容基本上是描述性的,这可谓是对白建军教授所倡导的“少一点‘我认为’,多一点‘我发现’”^{〔9〕}的主张的一种呼应。在给出了一幅相对完整的流变图之后,本文在第五部分将对我国当前有关风险刑法理论的研究进路与立场进行评述,并就我国刑法理论该何去何从的问题表达基本的看法。

在很大程度上,本文是分析性的而不是评价性的,是描述性的而不是判断性的,即以在实然层面诠释现象揭示成因为主要目的,而不是进行应然层面或对策法学意义上的研究。具体来说,是试图客观地描述与勾勒风险社会的背景之下刑法理论所经历的变迁,以及支持或驱动这种变迁的社会原因。因而,本文的研究有超越正统刑法教义学的一面,它并非全然以将刑法条文的制定、改进、实施作为研究目的与归宿。与边沁以来的法律实证主义一样,单纯的法教义学研究,其缺陷在于“把法学研究局限于法律制度和规则体系的阐释与分析。解释性传统越来越变得与历史割裂、与环境脱离且无批判力”。^{〔10〕}它满足于把法律条文本身当作研究对象,孤立地去研究条文,而忽略法律作为一种社会现象的复杂性,无视法律条文背后起着支配作用的社会政治因素。也正是基于此,国内有学者呼吁在刑事法学中引入社会科学的研究方法,认为“我们应当注重对问题成因的发现和解释,因为找到问题发生的真正原因,就可以解释更多的现象;找到普适化的原因,可以发现问题发生的规律”。^{〔11〕}

一、风险社会理论与刑法体系的预防走向

在对风险社会与刑法体系的关系展开探讨之前,有必要对风险社会理论进行准确的定位。若是仅着眼于自己的认知,望文生义地解读风险社会理论,则势必造成误读或不必要的误会。这一部分首先将还原风险社会理论的真实面目:风险社会理论乃是一种以风险现象作为切入

〔8〕 参见许德风:“论法教义学与价值判断:以民法方法为重点”,《中外法学》2008年第2期。

〔9〕 参见白建军:《法律实证研究方法》,北京大学出版社2008年版,页1。

〔10〕 (英)威廉·退宁:《全球化与法律理论》,钱向阳译,中国大百科全书出版社2009年版,页62。

〔11〕 陈瑞华:《论法学研究方法》,北京大学出版社2009年版,页97。

点,来展开对20世纪中期以来人类社会(尤其是西方社会)所经历的社会转型的解读的普遍理论;它是一种关于后工业时代的现代性的理论,而不是单纯的关于风险的理论。在此基础上,将进一步考察风险社会理论如何与刑法体系的发展之间建立起勾联。

(一)社会转型与风险社会理论的关系

人们普遍认为,伴随工业化而来的现代化,到20世纪中期以后明显进入一个不同于以往的发展阶段。虽然它仍属于工业时代的继续,但开始呈现出迥异于早期工业社会的一些重要特征。当代不少具有影响力的社会理论,包括吉登斯提出的反思现代性与利奥塔的后现代理论等,都着眼于揭示这一阶段的现代性所具有的特质。贝克提出风险社会理论,其主旨也在于此,就其中发生的社会转型给出自己的解读。与后现代主义者一样,贝克认同这样的前提判断,即“当下的时代构成了一个新奇的历史阶段和一种崭新的社会文化形式,需要用新的概念和理论去阐述”。^[12]他只是不同意后现代主义者相对主义的、视角化的、解构一切的解读,认为仍然能够发展出关于社会世界的全面理论。如吉登斯所评价的那样,包括贝克在内的社会理论家,“都主张我们像过去一样需要发展有关社会世界的普遍理论,并且这样的理论能够帮助我们积极正面地介入以塑造社会世界”。^[13]

在贝克这里,工业社会与风险社会分别对应的是第一现代性与第二现代性。他用“第一现代性”来描述以民族国家为基础的现代性,其中的社会关系、网络和社区主要是从地域意义上进行理解,集体的生活方式、进步和控制能力、充分就业和对自然的开发都属于典型的第一现代性的东西。他所谓的第二现代性,则以全球化、个体化、性别革命、不充分就业和全球风险等五个相互关联的过程为突出的表征。在第一现代性中最基本的关于可控制性、确定性或者安全性的想法土崩瓦解之后,一种与社会发展的早期阶段有所区别的新的资本主义、新的经济、新的全球秩序、新的社会和新的个人生活正在形成。贝克认为,从社会学和政治意义上说,人们需要一个新的词汇,一个新的参照标准,它不是“后现代性”,而是一种第二现代性。面对20世纪中后期所经历的重大社会转型,贝克认为有必要修正古典的社会学理论,以便它能为社会和政治的重新创造提供一个新的框架。^[14]

透过风险问题,贝克敏锐地发现,工业社会通过风险的成倍增长和对风险的经济开发,系统地产生了它自己的危境和对它自身的质问。按他的说法,发达工业社会从自己产生的危险中得到“滋养”,并因而创造了社会风险地位和政治潜能,这种潜能唤起了对现代化基础的质疑。^[15]贝克并没有否认风险社会本质上仍是一个工业化的社会。他只是强调,工业社会时代无论在政治与公共领域,都是将关注的焦点放在解决物质短缺与发展生产力上,至于工业化

[12] (美)道格拉斯·凯尔纳、斯蒂文·贝斯特:《后现代理论 批判性质疑》,张志斌译,中央编译出版社1999年版,页4。

[13] (英)吉登斯:《社会学》,李康译,北京大学出版社2010年版,页92。

[14] 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2-3。

[15] 参见(德)乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,页66。

所带来的消极后果则一直被掩隐于幕后。风险社会则不同,随着工业化所带来的副作用的日益显现,“风险已经成为政治动员的主要力量,常常取代如与阶级、种族和性别相联系的不平等之类的变量”。^[16]因而,他所谓的风险社会,重心不在于风险本身与工业社会时代相比在性质上有所变化,也不在于风险在客观意义上有绝对的数量上的增加,而在于风险分配逻辑对财富分配逻辑的日益取代,即究竟是风险分配服从于财富分配,还是财富分配服从于风险分配。对此,贝克有过明确的论述:“风险社会与工业社会的区别不仅在与财富生产和风险生产的生产和分配‘逻辑’间的区别相一致,而且源于以下事实:首要的关系被颠倒了。工业社会的概念假定了‘财富逻辑’的主宰地位,并且断言了风险分配同它的相容性,而风险社会的概念则断言了风险分配和财富分配的不相容性以及二者的‘逻辑’冲突。”^[17]

在贝克的理论框架中,风险概念不过是一个媒介:“风险的概念像一根使我们可以不断去探究整个建构方案,以及整个文明结构上的每一块使文明自陷危境的水泥斑点的探针。”^[18]他对风险问题的关注其实是醉翁之意不在酒,关心的并非风险本身,而是透过风险的视角来解读当代社会的基本特质;或者说,关心的是现代的进程如何削弱了自身的根基,从而出现向第二现代性的转变。他的风险概念直接与反思性现代化的概念相关,风险被界定为系统处理现代化自身引致危险和不安全感的方式,它是与现代化的威胁力量以及现代化引致的怀疑的全球化相关的一些后果。^[19]按贝克的诊断,这是一个以新型风险与不确定性为标志的世界;后现代主义者视之为混沌或缺乏模式的东西,在贝克看来则是风险或不确定性。^[20]借助于对风险的分析,贝克深刻地揭示了现代性的内在悖论:现代性本身强调对不确定性的理性控制,而理性化的发展却反而滋生与促成了更多的不确定性,甚至于旨在预防不确定性的技术与知识本身便是制造风险的来源。换言之,恰恰是现代性本身将不确定性带至我们生活的各个层面。通过科学化、技术化、官僚化和法律化所实现的理性增长,最终导致了“不确定性重回社会”的自相矛盾的结果。^[21]

综上,风险社会理论的关注核心始终是现代性,它是一种着眼于工业化后果的、关于现代性的宏大叙事。与吉登斯一样,贝克敏锐地意识到,“我们正生活在一个全球变迁的时期,而这也许与早先的变迁一样深远,但更广泛地被全世界所感受到。我们需要发展新的理论,来理解今天正在转变我们的社会的这些新发展”。^[22]他提出的风险社会理论,代表的正是这样一种努力。如贝克自己所言,现代性的手稿仍需重新撰写、重新定义、重新发现,而这正是世界风

[16] 贝克,见前注[14],页5。

[17] 贝克,见前注[15],页188。

[18] 贝克,见前注[15],页218。

[19] 参见贝克,见前注[15],页19。

[20] 参见吉登斯,见前注[13],页93、96。

[21] 参见(德)莱纳·沃尔夫:“风险法的风险”,陈霄译,载刘刚编:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,页92—93。

[22] 吉登斯,见前注[13],页97。

险社会理论所要讨论的。^[23] 将风险社会理论仅仅理解为一种单纯的关于风险的理论的观点,显然忽视了贝克提出风险社会理论时的雄心,并且也难以解释,为什么这一理论会在短短二十余年的时间之内迅速获得跨学科的巨大影响力。需要特别指出的是,尽管风险社会理论是因贝克而闻名,但不应将之完全视为贝克一人的贡献,包括卢曼在内的很多学者的努力进一步丰富与深化了这一理论。此外,贝克对于这场社会变迁的描述与分析,总体上流于片断性的、零散性的层面,他敏锐地觉察与捕捉到了当下社会的一些新的特质,但尚未能将之体系化。因而,他的风险社会理论充其量是一种粗线条的理论,虽自成一家之言,但在其体系性与深刻性方面,与卢曼的系统论相比存在不小的差距。

(二) 风险社会理论中的“风险”概念

我国刑法学界所热衷讨论的风险社会理论,直接继受自贝克的学说。然而,与社会学中的讨论不同,我国刑法学界对风险社会理论基本上流于形式的、狭隘的甚至是望文生义的理解,并未从现代性的角度加以展开。无论是支持者还是反对者,都没有将它当作解读社会转型的一种普遍的社会理论。对此,卢建平教授也提出过类似的批评,认为目前我国刑法理论界对风险社会理论的解读不尽准确且片面,有先入为主之嫌,往往是从自己熟悉的刑法专业出发,深陷在刑法学的知识话语结构之间不能自拔。^[24] 这样的误读不仅在相当程度上扭曲了风险社会理论本来的面目,也直接影响到人们对风险概念的正确理解。

由于仅仅将风险社会理论视为一种关于风险的理论,我国刑法学界在对风险概念进行把握时存在较大的偏差。具体表现为:一是将风险完全当作是实在意义的概念。比如,张明楷教授在对风险社会理论进行批驳时,便是从风险并没有客观增多的论证入手,而得出风险社会并非真实的社会状态的结论。^[25] 再如,夏勇教授提出,在贝克的理论中,“风险社会”的特定“风险”之来源是工业生产带来的污染。^[26] 二是在承认风险的建构性的一面的同时,将风险仅仅限定为那些导致古典工业社会的风险控制逻辑失效的、具有毁灭性的全球风险,主要包括核爆炸与核泄漏、有毒物质、基因技术、生态污染、金融危机、恐怖主义。^[27] 三是将风险社会中的风险,直接与刑法中的风险概念相混淆。比如,有学者将客观归责理论中所谓的“风险”与风险社会理论中的风险相等同,据此认为客观归责理论是德国刑法面对风险社会的现实所做出的

[23] (德)乌尔里希·贝克:“再谈风险社会:理论、政治与研究计划”,载(英)芭芭拉·亚当等编著:《风险社会及其超越:社会理论的关键问题》,赵延东等译,北京出版社2005年版,页321。

[24] 卢建平教授进一步指出,误读的突出表现为:一是无视风险社会理论的宏观性,将其简单地理解为风险个人化、个别化,与个人行为的危害可能性、人身危险性或者危险状态相连接;二是忽视风险的遍在性、互动性,无视在社会组织、结构、制度等更重要层次的社会风险,而单纯依据行为——行为人的思路,强调个人风险、行为风险。参见卢建平:“风险社会的刑事政策与刑法”,《法学论坛》2011年第4期。

[25] 参见张明楷:“‘风险社会’若干刑法理论反思”,《法商研究》2011年第5期。

[26] 参见夏勇:“‘风险社会’中的‘风险’辨析:刑法学研究中‘风险’误区之澄清”,《中外法学》2012年第2期。

[27] 参见南连伟,见前注[2]。

积极回应。^{〔28〕}

前述关于风险概念的理解,明显偏离了风险社会理论的本意。在贝克这里,风险并非完全实在意义上的概念,^{〔29〕}而是既具有实在性,又具有建构性的一面。所谓的实在性,是指工业社会以来的风险是由不断发展的工业化与科学生产所引起,是人类运用知识与技术改造而引发的结果。它可能指的是不确定性本身,也可能指的是消极的后果。这种风险客观存在,并具有迥异于传统风险的特性。在传统社会中,威胁人类的一向是如旱灾、地震、饥荒等外部风险。所谓的建构性,意味着对风险的定义会受政治、社会、文化等因素的影响。贝克明确指出,有关风险的知识,与其历史及文化符号、知识的社会结构紧密相联,“正是文化感知和定义构成了风险。‘风险’与‘(公众)定义的风险’就是一回事”。^{〔30〕}由于风险同时兼具实在性与建构性,风险感知与实在的风险之间就并非是简单的对应关系。举例来说,人们死于恐怖主义的风险客观上要远小于死于机动车交通事故的风险,但公众对恐怖主义威胁的感知却更为强烈。政府对公共问题的决策和有限资源的配置,主要不取决于实在的风险本身,而更多地受到公众关于风险的感知与判断的影响。这意味着,风险的评估与接受风险的意愿不仅是心理学上的问题,而且首先是社会问题。谁或者什么决定某一风险是否予以考虑,是一个至关重要的问题,有关风险预测、风险感知、风险评估与风险接受的讨论,都跟是考虑还是无视风险的选择紧密相关,而这一选择的过程明显为社会因素所控制。^{〔31〕}

因而,尽管早期工业社会的风险与风险社会的风险在客观性质上很难说存在不同,并且似乎也难以在实证的意义上精确地证明,风险社会阶段的风险有绝对的量上的增加或程度上的加剧;但这并不意味着,可以将早期工业社会中的“风险”完全等同于风险社会中的“风险”。在风险社会中,对风险威胁的感知不仅塑造了人们的思想与行动,也直接决定着制度的建构。承认风险的存在,势必影响公共讨论与政治的关注重心,由此而影响公共政策与法律制度的走向,这种当下的决策会使未来变得不确定;否定或者无视风险的存在,只会使风险的发展更加不可收拾且难以控制。正是基于此,贝克才援引吉登斯的“人为制造的不确定性”的概念,来诠释风险的内涵,并提出“人为制造的不确定性”这一概念有着双重的涵义:首先,更多和更好的知识正在成为新风险的发源地;其次,相反的论断也同样真实,即风险来自“无意识”(没有知识),同时也是由“无意识”构成的。^{〔32〕}

可见,若是要为风险社会理论中的风险概念提炼关键词,则这个词非人为的不确定性莫属。所谓人为的不确定性,指的是不确定性源于人为的决策。贝克明确指出,瘟疫、饥荒和自

〔28〕 参见王振:“坚守与超越:风险社会中的刑法理论之流变”,《法学论坛》2010年第4期。

〔29〕 当然,贝克在其早期的理论中,的确是较为偏重风险的实在性的一面,所以他所举的例子几乎无一例外是生态风险方面的例子。之后,贝克显然意识到这一问题,所以在之后的理论中做出了明确的调整。

〔30〕 贝克,见前注〔23〕,页323—333。

〔31〕 See Niklas Luhmann, *Risk: A Sociological Theory*, translated by Rhodes Barrett, Aldine Transaction, 2005, pp.3—4.

〔32〕 贝克,见前注〔23〕,页329。

然灾害等传统风险,与现代的“风险”的本质区别便在于,前者不是建立在决策基础上,或者说不是建立在关注技术经济优势和机会、仅仅把灾难视为发展的阴暗面的决策基础上。^[33]也只有从人为的不确定性的角度去理解风险,才能够明白贝克为什么同时关注个体化的进程,并声称“个体化正在变成第二现代社会自身的社会结构”。^[34]风险社会中,面对个人生活中所面临的不确定性,以社会道德环境、家庭、婚姻和男女角色来应对焦虑和不安全感的传统方式不断遭到失败,需要个体自身来应对焦虑和不安全感,^[35]由此而启动个体作为社会再生产的基本单元的进程。有关风险与人为决策的不确定性问题,卢曼做过更为深刻的剖析。卢曼指出,根本不存在无风险的决策,只要人们做出决策,风险便无法避免。人们知道的越多,所不知道的也越多,其风险意识也就越复杂;人们算计得越理性,此类算计变得越复杂,进入视野的涉及将来的不确定性因而也就是风险的方面也便越多。因而,现代的风险社会不仅是对科技成就的后果的感知,它的种子就包含于研究可能性的扩张与知识本身的扩张之中。除决策带来的风险之外,针对风险所提出的预防措施本身也构成风险的重要来源。^[36]由于未来依赖于当下的决策与选择,人类最终面临理性化的悖论,用以控制风险的知识、制度与技术,最终反而成为造成更多不确定性的风险的来源:“知识、法制和科技越发展,越自由创造,人们越是更多地知道那些不可预测的未知事物,人们越陷于更大的不确定性,越面临更多的可能性,因而也越面临更多的风险。”^[37]

如果承认风险概念是以人为的不确定性作为其意义的内核,前述三种有关风险概念的理解便有失妥当,由此所展开的有关风险社会理论或风险刑法理论的批评也缺乏相应的针对性。

其一,仅仅在实在的意义上理解风险,从风险自古以来便处处存在,且法律一直致力于处理事故或灾难事件所带来的风险为由,来批评风险社会理论的观点并不成立。所谓的风险社会,界定的重心本来就不是人为风险客观上的增多或加剧,而是说这种风险的日益显露在整个社会中造成的不安感如何支配了公共讨论与政治层面的决策,影响包括刑法在内的制度与理论的走向。另外,此类批评观点明显建立在对风险社会理论的理解之上。社会学中的风险社会理论关注的核心并不在于现代社会的生活对于个体而言是否变得更加危险,“它感兴趣的只是共同制造的风险及其集体效应。对于风险的社会学而言,破坏环境不仅意味着共同侵犯生态系统的结果,而且是以危害生物物理的生存基础为方式的共同的自我损害。社会学认为,应对此负责的因素不在于功能失灵,而是在于结构,正是结构造成了现代的成就。风险社会的理论其实是把社会对未来的预防能力作为研究的问题。”^[38]因而,将风险概念限定于实在的技

[33] 参见贝克,见前注[14],页67。

[34] (德)乌尔里希·贝克、伊丽莎白·贝克 格恩斯海姆:《个体化》,李荣山等译,北京大学出版社2011年版,作者自序,页31。

[35] 参见贝克,见前注[15],页188。

[36] Luhmann, *Supra Note*[31], pp.28-31.

[37] 高宣扬:《卢曼社会系统理论与现代性》,中国人民大学出版社2005年版,页260-261。

[38] 沃尔夫,见前注[21],页81-82。

术风险本身,显然是将作为一种解读现代性的普遍理论而存在的风险社会理论,误视为是单纯的关于技术风险的理论。

其二,认为只有现有制度完全无法解决的、具有毁灭性的全球性风险,才是风险社会理论中的“风险”的观点,犯了倒果为因的错误,且很难与贝克的其他论述相协调。按照论者的界定,当机动车作为一种污染源或存在产品质量缺陷时,它是风险的来源,而当它作为普通的交通工具发生事故时,则不属于风险的来源。如此界定风险的范围,未免太过任意。并且,也难以解释贝克为何要在《风险社会》一书中花大量的篇幅去论述社会阶级、家庭模式、性别身份、婚姻、亲子关系、职业与政治等方面经历的变化的问题,因为它们根本无法归入论者所列举的有限的、特定类型的风险的范围。对“风险”概念的这种狭隘理解,部分是源于对贝克所谓的系统性与全球性的误解。贝克所谓的系统性,指的是应当从是否是工业化的后果的角度去理解与界定风险,但凡是随工业化而来的长期的、系统产生的,需要代之以政治的解决的问题,都可归入风险的范畴。^[39]而所谓风险的全球化,显然不仅是指风险所造成的结果的全球化,也包括其原因的全球化。据此,机动车无论是作为污染源还是作为交通工具,都构成风险的来源,因为从生产过程与流通环节来看,它本身就是全球化的产物。

其三,将风险社会理论中的风险与刑法中的风险相提并论,甚至将二者相等同的观点,更是有乱点鸳鸯谱之嫌。风险社会理论中的风险,其重心在于人为决策所带来的不确定性,它涉及的范围极广,覆盖社会生活与个人生活的方方面面,且往往更多的是指系统性的、制度化的风险。刑法中允许的风险理论或制造法所不容许的风险中所谓的风险,则专门指源自第三人的行为对法益构成的威胁,它更接近于危险的概念;风险允许或不允许,仅仅意在标示对法益的威胁是否为法秩序所许可。诚然,刑法所规制的风险中有部分确是源于风险社会中的风险,但这充其量只能表明,两种风险概念在外延上存在一些交叉,而并不意味着二者是相同的。将两种具有不同意义的风险概念张冠李戴地混在一起,其谬误之处一目了然。

(三)安全问题与预防走向的刑法体系

未能准确把握风险社会理论作为一种现代性理论的本质,不仅导致对风险概念的狭隘的界定,也使得人们在寻找风险社会理论与刑法体系之间的连接点时做出错误的判断。既有的关于风险刑法理论的研究,无论是支持者还是反对者,大多将风险当作是风险社会理论与刑法体系之间的关联点或连接枢纽。将社会学理论与刑法理论做这样简单的嫁接,无疑并不妥当。因为风险社会理论中的“风险”,根本就不同于刑法理论中所谈的风险。借助于一个形式上相同而意义重心迥异的风险概念,不可能彰显与维系风险刑法理论与刑法体系之间的关联。那么,这是否意味着,风险社会理论与刑法体系之间根本不存在内在关联呢?答案是否定的。

的确,风险社会理论作为一种社会学理论,与刑法理论构成两个相互独立的体系。因而,不应将风险概念当作勾联二者的枢纽。否则,风险社会理论就会像文化概念一样,变成什么都可以装的框。而如果刑法中的什么问题都可以用风险社会的理论去解释,就等于说它什么也

[39] 参见贝克,见前注[15],页32-33。

不能解释,泛化的关联性解释很难具有令人信服的解释力。当务之急是对风险社会理论如何影响刑法理论的变迁的脉络,需要做一个清晰的梳理。

首先,风险社会理论所揭示的社会现实,构成我们展开刑法理论研究时必须注意的前提事实与基本语境。对于法律研究来说,

社会的性质不应不加质疑地断定。法律可以界定社会,正如它可以调控社会,但它只能根据社会本身提供的条件来界定社会。法律以社会的概念作为前提条件,这种社会概念不仅界定了法律在技术方面的管辖范围,而且界定了法律干预所需要合理整合的领域,以及包含了法律合法化及其文化意蕴的一般渊源。随之而来的是,诸如社会同一性、一致性以及一般模型之类的观念受到了质疑,关于法律性质和功效的预设也都成为了疑问的对象。^{〔40〕}

其次,社会整合机制的重大变化,在政治层面直接影响了主导性的政策基调。从工业社会到风险社会的转型,代表着从需求型团结到焦虑促动型团结的转变。按贝克的说法,阶级社会的驱动力可以概括为“我饿!”,风险社会的驱动力则可以表达为“我害怕!”,焦虑的共同性代替了需求的共同性。在此种意义上,风险社会的形成标示着这样一个时代,在其中产生了由焦虑得来的团结并且这种团结形成了一种政治力量。^{〔41〕}在此种意义上,所谓的风险社会同时也是“焦虑社会”,甚至如学者所言,“焦虑社会”的标签可能更为适当一些。^{〔42〕}与社会整合机制上的这种变化相呼应,工业社会时代的“发展”导向的政策基调,到了风险社会为“安全”导向的政策基调所取代。安全问题开始主导公共讨论与政治决策,取代发展问题而成为全社会关注的重心。安全既构成风险社会的基础,同时又构成政治上的动力。因为“现代社会的社会成员对于安全的欲求极为强烈,对于暴露的危险非常敏感。社会成员热切希望除去、减少这种高度、广泛的危险,热切希望在这种危险现实化之前,国家介入社会成员的生活来除去、减少这种危险。”^{〔43〕}正是在这样的背景下,对犯罪问题的看法也发生了根本性的改变。在工业社会时代,犯罪现象被认为是社会资源分配不公或者社会的相对剥夺所造成的结果,因而,促进社会公平与加强贫困人口的福利救济,被认为是解决犯罪问题的基本方案。然而,从20世纪60、70年代起,至少在英美社会,矫正与复归的构想最终衰落,主流的犯罪学思想日渐用控制理论来解释犯罪产生的原因,各式各样的控制理论不再将犯罪当作相对剥夺所造成的问题,而认为是控制不足(包括社会控制、情境控制与自我控制)所致。受控制理论的影响,犯罪开始单纯地被视为是对社会安全的一种正常的、常规的威胁来源,这样的观念不仅强化了报复性的、威慑

〔40〕 (美)奥斯汀·萨拉特:《布莱克维尔法律与社会指南》,高鸿均等译,北京大学出版社2011年版,页20。

〔41〕 贝克,见前注〔15〕,页57。

〔42〕 参见(英)阿兰·斯科特:“风险社会还是焦虑社会?有关风险、意识与共同体的两种观点”,载亚当等,见前注〔23〕,页58。

〔43〕 (日)关哲夫:“现代社会中法益论的课题”,王充译,《刑法论丛》2007年第2期,法律出版社2008年版,页338。

性的政策,而且直接导致预防对治疗的取代,并促成犯罪预防与社区安全的基础设施的全面扩张。^[44]

再次,安全问题构成风险社会理论与刑法体系之间的连接点,由此而使排除危险或预防成为刑法的首要目的。随着安全问题的日益凸显,在风险社会,弥漫着一种普遍的不安全的情绪,人们更加关心的是如何预防坏的东西。这种坏的东西既可能是技术发展带来的污染或不安全的食品、药品,也可能是遭遇犯罪攻击的风险。不安成为社会生活结构和国家安全的决定性因素。^[45]大体上,对风险的应对可以分为两个层面:一是集体层面,通过群体决策或制度性的措施来解决风险分配与控制的问题;二是个体层面,个人会针对所感知到的风险采取个体化的处理方案。诉求国家的干预便属于集体层面的应对范围,一个为焦虑所笼罩的风险社会势必要求国家全方位的介入,包括利用法律制度来解决对风险问题做出回应。由于数量化的风险概念并不适合作为法律概念,“所以其让位于更能提供法律规范性诊断的概念,如排除危险或者预防。通过运用这两个概念,法律试图以双重的方式来获得与未知性和不可权衡性相对的安全性:一是法益的安全,即为所涉法益提供安全保障,二是法律的安全,即保证法律作为一个决定体系本身的可靠性和可预见性”。^[46]在刑法领域,公众对于安全的现实需求会汇聚成刑事政策上的压力,最终通过目的的管道传递至刑法体系的内部,驱使刑法体系向预防目的的方向一路狂奔。进入20世纪中期,报应刑法的没落与特殊预防之矫治构想的失败已成为不争的事实,一般预防则脱颖而出,成为各国刑法的首要目的。不管在美国的讨论还是斯堪地那维亚或是德国,都可以察觉到积极的一般预防、间接的或是整合的一般预防占了上风。^[47]刑事政策基本信念上的这种快速趋同,使得各国(至少在西方社会之间)刑法体系在发展走向上表现出惊人的共同性。

最后,基本目的的变化意味着刑法价值取向的重大调整,预防走向的刑法体系强调刑法的社会保护,这样的价值选择最终深刻地塑造了刑事实践与刑法理论的发展。由于认为只有国家才能迅速有效地应对风险,社会成员容忍了国家介入社会生活的倾向;国家于是以“维持安全的社会生活”、“维持国家、社会秩序”、“维持平稳的社会生活环境”等为根据,推行“有危险就有刑罚”的扩张性的入罪化原则。^[48]刑事立法中的这种实践,刺激着刑法理论朝相同的方向

[44] 对于英美社会刑事领域所呈现的这种巨大变化,David Garland教授做过全面的归纳与总结。See David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, The University of Chicago Press, 2001, pp.8-15. 英国的另一学者也提到了现代性语境上的变化对犯罪问题产生的影响,他甚至因此将自己的专著视为是对控制理论的长篇回应,参见(英)韦恩·莫里森:《理论犯罪学:从现代到后现代》,刘仁文、吴宗宪、徐雨衡、周振杰译,法律出版社2004年版。

[45] 参见薛晓源、刘国良:“法治时代的危险、风险与和谐——德国著名法学家、波恩大学法学院院长乌尔斯·金德霍伊泽尔教授访谈录”,《马克思主义与现实》2005年第3期。

[46] 沃尔夫,见前注[21],页82。

[47] (德)许迺曼:“刑法体系与刑事政策”,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授六秩寿辰》,新学林出版股份有限公司2006年版,页59。

[48] 参见关哲夫,见前注[43],页339。

迈进,由此促成了预防刑法或者说安全刑法的出现。敌人刑法本质上也应归入安全刑法的范畴,与风险社会有着内在的关联。^[49]不管是安全刑法或敌人刑法,它们都源于现代频发的危险。^[50]有论者明确指出,雅各布斯的敌人刑法理论映照着风险社会的影子,体现了风险社会对刑法学的深刻影响。^[51]基于此,严格说来,用风险刑法理论来指称风险社会中刑法体系所经历的变化并不准确,预防刑法或安全刑法是更为合理的称法。

综上,风险社会理论与刑法体系之间的连接点并非风险,而是安全。前者对后者施加影响的基本路径为:随着风险为人们所日益感知,不安全感在全社会蔓延→安全问题成为政策关注的核心→影响刑法体系基本目的的设置,对刑法的功能主义的定位变得流行→因基本目的的调整,而影响刑法体系的各个主要组成部分;由目的传递的需求经由这些主要部分的变动,进一步将影响力传递到体系的各个角落,从而使刑法体系呈现结构化变动的态势。

二、法益论在当代的流变与困境

风险社会中的风险究竟能否以及在多大程度上为刑法所化解,或者刑法是否真地能够有效应对风险社会中凸显的安全危机,是一个既无法证实又无法证伪的问题。按照卢曼的观点,“当全社会本身就已经将自己的未来理解成独立于决定之外的风险时,法律就不再能够为安定性提供保障”。^[52]然而,在政治的压力之下,刑法不得不对风险问题做出回应,即使某些回应举措客观上起到的只是单纯的表态作用。无论如何,对安全问题的关注与对预防目的的强调,的确是深刻地改变了刑法体系。这种改变首先通过法益论的流变呈现出来。

作为刑法中最为基本的概念,法益在整个教义学体系中处于核心地位。在教义学层面,法益论的意义主要指向两个维度:一是犯罪本质所指向的法益,二是刑法目的所指向的法益。这两个意义维度之间存在一定的内在紧张。犯罪本质所指向的法益跟刑罚的正当根据问题相关联,往往强调对法益的侵害只有达到一定的严重程度才足以使刑事制裁正当化。这一维度的法益概念关注行为本身应否惩罚的问题,采取的是事后审查的视角,由法益本身的固有属性去推导犯罪的本质,法益是否已然受侵害构成启动刑罚权的最终根据。刑法目的指向的法益则涉及刑法的机能问题,倾向于在法益侵害实际发生之前刑法便要进行干预。这一维度的法益概念涉及的是需罚与否的思考,着眼于未然之罪,法益论不过是实现刑法目的的工具,法益的具体内容以及如何构建法益论最终都受制于刑法所要实现的目的。法益论两个维度之间的这种内在紧张,为法益范畴此后的意义裂变埋下了潜在的祸根:一方面,从约束国家

[49] 有学者敏锐地觉察到了风险社会与风险刑法、安全刑法、敌人刑法之间的内在关联,参见卢建平,见前注[24]。认为敌人刑法、安全刑法与风险社会理论之间没有关系的论者,显然是没有意识到风险社会理论与刑法体系之间的内在关联。参见夏勇,见前注[26]。

[50] 蔡桂生,见前注[7]。

[51] 参见姜涛:“风险社会之下经济刑法的基本转型”,《现代法学》2010年第4期。

[52] (德)鲁曼(卢曼):《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版股份有限公司2009年版,页618。

刑罚权的发动而言,有必要对法益概念作限缩性的界定,因为法益的内涵越明确、越具象化便越能有效地约束国家刑罚权;另一方面,从刑法预防犯罪的目的的角度,为使刑法更好地承担起保护社会的任务,便要尽可能地扩张法益概念的外延,其内涵也是越模糊、越抽象便越合乎预防的需要,只有这样才能轻易地满足入罪的门槛,不至于因欠缺法益关联性而遭受惩罚无法正当化的质疑。

(一)法益论的流变

在古典自由主义的语境之下,法益概念主要在前一意义维度上被使用。相应地,法益乃是作为具有实体性指向的客观之物而存在。国内学者明确指出,由法益之“益”的语源学解释及历史发展脉络来看,所谓“益”应是可受实际侵害的某种具有良性价值的实体。它既不是纯概念,也不是权利本身,也不是与“价值”全然脱离之物;而且这种实体并不如其在汉语或日语中字面所暗示的那样,完全等同于“利益”。^[53]

法益概念的精神化与抽象化,始于李斯特。经过李斯特的演绎,法益中的“益”被改造为生活利益,它是一种先于实证法的存在,实证法则赋予其法的特性。李斯特明确指出,所有的法益都是生活利益,这些利益的存在是社会本身的产物,而法律的保护将生活利益上升为法益。^[54] 李斯特对法益概念的改造,深刻地影响了后世法益论的发展走向。他严格区分保护客体与行为客体的做法,导致了法益的精神化。自李斯特以后,法益论逐渐表现出去实体的倾向,它无法再建立在实然世界的实体(Substanz)的理念之上,而仅能于应然世界的价值体系中寻求其特定内涵;以价值理解法益的方式,伴随而来的是法益的功能化(Funktionalisierung),立法目的或是立法者的价值判断成为填充法益内涵的主要元素。^[55] 李斯特对法益概念的改造,无疑应视为需罚性思考支配之下的产物。在李斯特这里,法益主要作为刑罚所保护的客体而存在,凸显的是作为目的的法益的意义维度:“李斯特的法益概念不是为了整理刑法理论的特定领域的需要而提出的,而是伴随着目的思想引入刑法学的。而目的思想的具体化所首先追问的是刑罚目的,所以,法益概念是从刑罚论中出现的。”^[56]

梳理法益论的学术发展史可发现,二战之后出现一股反对法益概念精神化的强大呼声:法益概念的精神化被认为既可能导致法益概念丧失应有的机能,又可能导致处罚范围的不当扩大。基于此,人们主张物质的法益概念,认为它有利于发挥法益概念的机能,使违法性成为可以客观认定的现象,从而保障公民的自由。^[57] 不过,学界的批判总体上未能有效遏制实然层面法益的精神化与抽象化的趋势。如学者所言,随着社会的变迁与日益复杂,法律所涉范围日益扩大,仅将法益限制在财(物)上,无法解释不断出现的非物质化的法律保护客体,尤其是在法益与行为客体并非同一时,如何从物质角度把握法益就陷入了窘境。事实上,进入到风险社

[53] 熊琦:“论法益之‘益’”,载赵秉志主编:《刑法论丛》第15卷,法律出版社2008年版,页272。

[54] 参见(德)弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,页4。

[55] 参见舒洪水、张晶:“近现代法益理论的发展及其功能化解读”,《中国刑事法杂志》2010年第9期。

[56] 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年修订版,页35。

[57] 同上注,页155-156。

会后,刑法不断出现的立法或解释都已经远远突破了法益的物质化的限制。^[58]

从当代的发展情况来看,法益论其实从来没有真正脱离李斯特所设定的轨道。它呈现出三个鲜明的特点。

其一,法益概念的实体内容日趋模糊与单薄。法益概念实体内容的模糊化与单薄化,显然缘起于“益”被理解为利益。国内学者敏锐地指出:“利益的抽象性与虚拟概念的特点十分明显,尤其是当必须引入‘超个人利益’这样的概念之后,利益甚至与主体也脱钩,成为一个纯观念化的产物,虽然利益说一直强调自身在价值上的应然属性和批判作用,但如果在实体上如此的空虚,还会成为一个可以任意填充的‘框’,而这样的‘框’又很容易沦为实定法的解释工具。”^[59]实体内容上的空虚,造成法益概念缺乏必要的意义限定。如日本学者伊东研祐所言,法益概念的“稀薄化”情形,已使得“法益”一语成为犯罪概念中可以自由变换其内涵的“magic word”。^[60]

其二,刑法对距离实际法益侵害相当遥远的行为的处罚,导致法益关联性要求的弱化甚至丧失。当代刑法中,未完成模式的犯罪(包括实质的预备犯与未遂犯)正日益成为常态性的犯罪类型。这显然与预防主义的倾向有关,危险控制与及早干预的压力,驱使犯罪成立的临界点从实害提前至危险出现的阶段。^[61]日本学者关哲夫也从处罚预备行为的原则化,抽象的危险犯类型的多用化,管理、统制的刑罚法规的多用,以及象征性刑事立法的存在等现象中得出结论:现代社会中的刑事立法仅仅以行为为根据来发动刑事制裁,它是一种以事前处理方式基本原则的刑事立法;尤其是,对那些只具有抽象危险的预备行为的犯罪化,意味着作为刑事立法特征的犯罪行为“法益关联性”的丧失被充分表现出来。^[62]

其三,法益的外延日益扩张,其包摄能力大大提高。法益外延的扩张,不仅表现为对法益的物质化限制的突破,使得许多的精神化、抽象化的利益也归入其中,比如公共安宁、社会善良风俗等;还进一步表现为承认超个人结构的法益类型的存在,使得二元论的法益论大行其道。此外,法益的基点也扩展至非人本思维,未出生的后代的权益与自然的利益,都开始被认为可纳入法益的范围。

(二)法益论的困境

法益概念由德国学者比恩鲍姆(Birnbaum)在1843年提出,到19世纪晚期为以宾丁为首的实证主义者重新发现。从权利侵害说向法益侵害说的转变,通常被后世刑法学认为是一个重大的理论进步。然而,很少有人意识到,与费尔巴哈的权利侵害说相比,比恩鲍姆的犯罪定义虽然获得了实证意义上的精确性,却丧失了批判的落脚点。因而,在宾丁等人手中,法益概念被用来使刑法保护的范

[58] 舒洪水,见前注[55]。

[59] 熊琦,见前注[53],页288。

[60] 转引自舒洪水、张晶,见前注[55]。

[61] 参见劳东燕,见前注[5]。

[62] 参见关哲夫,见前注[43],页341—345。

国家本身的做法变得正当,通过将法律从手段改造为目的本身,法益变成了“法的利益”。〔63〕这意味着,法益概念在刑法体系内的正式引入,不仅没有起到限制国家犯罪化的权力的功能,还反过来服务于国家刑罚权的扩张。如果说刑法曾经被认为应当限于对侵犯个体权利的惩罚(至少在理论上是如此),那么,自宾丁之后,它已经被扩张至所有国家认为值得刑法保护的利益。罗克辛试图赋予法益概念规范性的意味,认为法益概念本身应当告诉立法机构“它可以惩罚什么不应该惩罚什么”,以使法益概念不至于软弱无力。然而,即使是罗克辛,充其量也只是坚持批判的姿态,因为德国刑事制定法中所有的犯罪都通过了他的法益标准的检验,没有哪个条款因为未保护法益而被认为不正当。不符合罗克辛法益标准的制定法或者政策,要不就是虚构的,要不就是已经废除的。〔64〕

法益的日趋精神化与抽象化,在提升概念本身的包摄能力的同时,也使得法益被期望履行的批判功能趋于崩坍。如学者所言,“现代刑法赋予了法益越来越宽泛的内容,法益不断的膨胀,使它限制刑罚发动的功能日渐萎缩,并逐渐成为刑事政策的工具”。〔65〕实体法益的消失,使得法益概念本身难以为刑法提供清晰而稳定的可罚性界限。此外,以刑事政策的考量取代刑法体系自身的判断基准,也难以划定一个合理而明确的刑法干预界限。〔66〕最终,人们不得降低对法益概念的功能期待,认为法益理论虽非无用,但也不能高估其功能。比如,达博指出,法益最重要的作用或许不在于进行规范的批判,而是在形式上使这种批判成为可能——或者至少使之更加容易。法益论象征着这么一种信念,如果刑法希望被认为是合法的,希望得到服从,而且希望是合乎目的的,那么刑法就要受到限制。〔67〕有学者干脆就主张,法益理论只能作为犯罪化的根据之一,而无法承担起作为犯罪化的全部根据的任务。比如,赫尔希明确指出,仅仅一个法益概念不可能担当起恰当犯罪化的理论任务,还需进一步讨论是否可能还有法益概念之外的犯罪化的根据,包括法律温情主义、骚扰原则与保护所谓的自我目的的自然资源等。〔68〕

20世纪以来大陆法国家刑法处罚范围的不断扩张,正是随着对法益概念日益宽泛的界定而实现的。以致在今天的刑法体系内,法益只是意味着为刑法所保护的利益,这种利益甚至不需要与人相关。如此宽泛地界定法益,最终的结果是该概念彻底丧失规范的意味,而成为纯粹的实证法上的术语。于是,不仅经济秩序、资本市场与公共安宁等抽象的存在成为刑法的保护

〔63〕 See Markus D. Dubber, “Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law”, 53 *American Journal of Comparative Law*, pp.687-688(2005).

〔64〕 *Ibid.*, at 689-690.

〔65〕 舒洪水、张晶:“法益在现代刑法中的困境与发展——以德、日刑法的立法动态为视角”,《政治与法律》2009年第7期

〔66〕 参见陈晓明:“风险社会之刑法应对”,《法学研究》2009年第6期。

〔67〕 参见(美)马库斯·达博:“积极的一般预防以及法益论”,杨萌译,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464。

〔68〕 参见(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197-201。

客体,甚至于生物物种的多样性本身也被认为构成刑法上的法益。对法益进行宽泛界定的做法,遮蔽了很多重要的东西,包括实体刑法的持续膨胀,以及向所谓的风险刑法方向发展的趋势。之所以为风险刑法,是因为立法者试图通过刑法的手段对新兴的风险作出反应,尤其是由于科技的和经济体制日益增长的复杂性与脆弱性(Anfalligkeit)的急剧发展所导致的风险。^[69]

应当承认,法益概念内涵上的模糊化与外延上的不断扩张,有其必然的一面,它是刑法为应对风险社会所做出的调适之举。人为风险的日常化,公众对安全问题的日益关注,使得刑法将控制与预防风险当作自身的首要使命。这在导致刑事可罚范围扩张的同时,也迫使法益论进行自我调整,使得一种精神化的、价值化的、功能化的法益成为发展的主流。然而,“主张功能取向的法益模式,无形中就会取消法益限于法规范的前提,而以规范运作的功能取代法益的地位”。^[70]法益论在当代所经历的演变,使其面临深重的危机。此种危机直指法益概念存在的意义本身,因为这样的一种法益论根本不可能发挥节制或明确可罚性范围的功能。法益论的发展由此陷入两难的困境之中:一方面,如果坚持严格的、实体的法益概念,发挥法益概念的体系批判机能的同时发挥其体系内在的机能,就无法在法益的框架内来把握,而必须准备更大的框架(例如,加之以规范妥当性、行为伦理等),并且承认在犯罪的认定上是以规范违反原理为基础,允许法益关联性的丧失;另一方面,如果彻底放弃严格的、实体的法益概念,则法益的内容就会非常的一般化、抽象化,并且对犯罪的认定而言,虽然维持了以法益保护思想为基础的法益侵害原理,但也必须承认法益关联性的极为稀薄化。^[71]

法益论在当代的演变意味着,其后一意义维度(即刑法目的指向的法益)相比于前一意义维度(即犯罪本质指向的法益)取得了优先的地位。表面看来,关于犯罪本质的思考仍是在应罚性的逻辑之下展开,实际上,犯罪化的问题早已为需罚性的思考所支配。正是需罚与否考量的权重的日益增加,导致法益关联性的稀薄化甚至丧失。作为刑法目的的法益的优位性,导致一种方法论的、目的论的法益论在刑法教义学中大兴其道。方法论的、目的论的法益论认为,对所有犯罪设定妥当的、有内容的法益概念是不可能的,所以,仅仅寻求其解释刑罚法规的方法论上的机能,法益概念只是作为各个刑罚法规的“规范目的”、“立法目的”或“意义、目的思想的简略语”而被把握。^[72]可见,当代法益论对构成要件解释的指导机能的强调,凸显的是法益不再具有超脱于实证法的性质的事实。在此种意义上,对作为构成要件解释工具的法益论的浓墨重彩的张扬,或许只是为了掩饰其失落批判机能之后的不堪而已。

[69] (德)Lothar Kuhlen:“刑事政策的原则”,陈毅坚译,载谢望原、肖中华、吴大华主编:《中国刑事政策报告》第3辑,中国法制出版社2008年版,页712—713。

[70] 舒洪水、张晶,见前注[55]。

[71] 参见关哲夫,见前注[43],页358—359。

[72] 参见关哲夫,见前注[43],页355—356。

三、刑事责任根据的结构性嬗变

刑法体系基本目的的重大调整,引发了法益论的重大流变。在预防目的的作用之下,经由对法益保护的强调,此种作用力直接传递到刑事责任的基本模式问题上。基于罪刑法定的要求,刑法中包含哪些责任模式,各类责任模式中又分别包含哪些根据,都是由立法者规定的。相应地,刑事责任根据方面的变化,往往由立法的修正所启动。经常是在立法进行修正之后,教义学理论才会有所跟进,对立法上的变化做出理论上的回应。

哈特认为,根据行为、因果关系(包括结果因素)与过错这三个标准,可以对迄今在法律体系内起着重要作用的那些责任根据加以分类:(1)必须证明行为、因果关系与过错;(2)必须证明行为与因果关系;(3)必须证明行为引起了损害并有过错;(4)必须证明行为引起了损害;(5)必须证明行为与过错;(6)只须证明有行为;(7)过错和行为造成或引起损害都不需要证明。^[73] 前述七种责任根据类型中,第(7)类仅存在于民事领域,被告的责任建立在保险或担保的基础之上;其他六种责任形式在刑事领域均有所体现,构成刑法中的责任根据类型。其中,(1)代表的是传统的刑事责任根据模式,成立犯罪不仅要求证明行为人的行为造成相应的危害结果,而且必须证明行为人对行为的实施与危害结果的出现具有主观上的罪过。(2)至(6)所指涉的刑事责任类型,都是对(1)所包含的责任根据进行修正的结果:第(2)、(4)、(6)三类取消了罪过方面的要求,属于严格责任的范畴;第(3)至(6)四类则降低或去除了因果关系的要求。

严格责任主要出现在英美国家的公共福利犯罪中,它代表的是罪过(或犯意)要求的边缘化趋势,即罪过之于犯罪定义的构建与犯罪的认定正逐渐丧失决定力和影响力。^[74] 严格责任的兴起,自然是表征刑事责任根据经历结构性嬗变的重要证据。不过,鉴于我国刑法并不承认严格责任犯罪,故此部分只将考察的重心放在因果关系这一参数上,希冀透过因果关系作为责任根据的地位的变迁,来透视刑事责任根据的结构所经历的变迁。

(一)从因果责任到原因责任

梅因曾经指出,古代社会的刑法不是关于“犯罪”的法,而是关于“不法行为”的法,或者用英语的术语来说,是关于“侵权”的法。^[75] 彼时,犯罪被置于侵权行为的范畴之内,因果关系对于刑事责任(或侵权责任)并无任何意义。只要结果出现,行为人便需要承担法律责任,既不问其主观上是否有过错,也不问结果是否与行为人的行为存在因果上的关联。在这一阶段,甚至不存在独立的因果关系概念,后者往往与过错、谴责等问题混杂在一起。如学者所言,在早期侵权领域的表达中,原因与谴责、过错、不法以及可责性在内涵上相当;它们是富有弹性的术

[73] 参见(英)哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,页11—13。

[74] 参见李立丰:《美国刑法犯意研究》,中国政法大学出版社,2009,页132。

[75] Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, China Social Sciences Publishing House, 1999, p.358.

语,每一个都能吸收其他术语的意义,并经常可互换使用。〔76〕

到19世纪前后,基于对古典自由主义意义上的危害性原则的遵循,行为与危害结果之间的关联被认为是刑法归责的基本前提。由此,因果关系成为刑事责任的基本根据,对刑事责任的成立具有重要的意义。受当时实证主义与自然主义的思潮影响,因果关系完全被当作一个事实问题,满足于考察行为与结果之间是否存在客观的、自然科学意义上的联系,仅此便被认为足以完成因果关系的判断。由于彼时侵害犯是刑法中的犯罪原型,其他类型的犯罪尽管也存在,但并不占据重要地位,因而,因果关系之于刑事责任的重要性受到特别的强调。对于绝大多数犯罪而言,因果关系都是认定刑事责任不可或缺的要件。这一阶段不妨称为因果责任时期。

因果关系作为责任根据的地位,在进入20世纪以后开始面临冲击。尤其是20世纪中叶以来,随着侵害犯在刑法中地位的下降与危险犯重要性的相应上升,在相当比例的犯罪中,因果关系成为与刑事责任的认定无关的因素。只要行为人实施违反义务的行为,而该行为对于侵害后果的出现而言又具有危险性,即足以引发刑事责任。由于刑法日益成为旨在控制危险的管理体系,而不再是进行道义谴责的惩罚系统;相应地,其关注重心也逐渐从危害结果转移到作为危险来源的原因行为之上。对于刑事责任的成立而言,关键在于行为本身是否被认为具有威胁法益的属性。至于侵害结果及相应的因果关系,在很多情况下它都不再是刑法归责的必要条件,而成为单纯的刑罚加重事由。这一阶段或可称为原因责任时期。

在因果责任时期,因果关系虽非刑事责任的充分条件,但属于绝大多数犯罪成立的必要条件。在今天的刑法体系中,因果关系仍然不是刑事责任的充分条件;同时,在很多时候它也不再是必要条件。这意味着,侵害结果及因果关系之于刑事责任成立的意义正不断弱化。从立法的角度考察,这种弱化主要表现在两个方面:

其一,在不少犯罪中,刑事责任的成立,完全不必考虑侵害结果及因果关系的要求,即排除其在刑事责任认定中的意义。这一变化与危险犯的兴起紧密相关。随着危险犯成为立法者在解决安全问题时所倚重的工具,侵害结果及相应的因果关系逐渐丧失其作为责任根据的地位,由此而深刻地改变了刑事责任根据的基本结构。对于抽象危险犯而言,只要行为存在便推定危险存在,且此种推定是不可推翻的。因而,在构成要件层面完全无需考虑危险是否存在的问题,自然更不必顾及行为与危险之间的因果关系。对于具体危险犯而言,表面看来构成要件层面并未放弃外在危害结果的要求,只不过结果是以具体的危险的形式而出现。然而,具体危险犯实际上同样无需考虑因果关系的要求。与侵害犯中危害结果已然现实存在不同,具体危险犯中,作为结果的危险是否存在,在很大程度上取决于主体的评价与判断。一旦危险被认为存在,行为与危险结果之间的因果关系便成为不言而喻的事。因果关系的判断完全为危险是否存在的评价所包含,或者准确地说,是完全从属于危险有无的判断。

其二,在有些犯罪中,立法在维持侵害结果及因果关系作为责任根据的地位的同时,通过降低因果关联性的要求,而放松因果关系作为责任根据的制约作用。传统刑法理论借助对实

〔76〕 Leon Green, "Duties, Risks, Causation Doctrines", 41 *Texas Law Review*, p.42(1962).

行犯与共犯的形式上的区分,而将因果关系限定为实行行为与侵害结果之间的关联。据此,实行行为本身必须具有导致结果出现的特质,并且只有在行为对侵害结果的出现具有现实的、支配性的作用力的情况下,才能认定行为与结果之间具有因果关系。正是基于此,溯及禁止的规则被用于刑法因果关系的判断,即只要介入第三人自愿实施的故意犯罪,则前行为与结果之间的因果关联便被切断。然而,现代的刑事立法正在改变这一点。在侵害犯中,除直接造成侵害的行为之外,为侵害结果的出现制造条件或提供机会的行为也可能成立实行犯。由此,即使介入第三人的故意犯罪,溯及禁止的规则也可能变得不具适用力。以我国《刑法》第129条的丢失枪支不报罪为例,根据该条的规定,行为人丢失枪支不及时报告的行为,其实只是为第三人利用枪支造成人员伤亡的严重后果提供条件;尽管如此,其行为与严重后果之间仍被认为具有因果关系。第三人利用枪支故意实施犯罪,不能成为行为人否定因果关系的抗辩理由。除丢失枪支不报罪之外,滥用职权罪、吸收客户资金不入帐罪、违规发放贷款罪、逃避动植物检疫罪以及违法发放林木采伐许可证罪等犯罪,其因果关系要求都具有不同于一般侵害犯的特性。此外,共犯行为正犯化的立法,如协助组织卖淫罪,也属于此种情形。

(二)关联现象的梳理与解读

在刑法领域,侵害结果及因果关系作为责任根据的地位的下降,与刑事立法上的革新紧密联系在一起。因而,要探究其地位下降的原因,必须结合法益论的变化,对当代刑事立法中出现的动向展开考察。

首先,侵害结果及因果关系地位的下降,与刑事立法从结果本位向行为本位的转变有关。

根据启蒙以来的古典政治哲学,国家刑罚权的介入以对他人造成危害结果为必要条件,除此之外,对个体自由施加限制将缺乏基本的正当性。这便是密尔所谓的危害性原则的要旨所在。费尔巴哈的权利侵害说,尽管是具有浓重的国家主义色彩,是出于促进国家目的的企图而非基于契约论,^[77]但在注重外在结果的问题上,可谓与危害性原则一脉相承。受这种政治自由主义思想——尽管它从未真正被贯彻到底——的影响,近代以来的刑事立法乃至整个刑法体系,总体上而言是结果本位主义的,行为造成的危害结果是构建罪刑规范与刑法理论的逻辑起点。因而,侵害犯成为犯罪的基本原型;即使是未遂犯理论,也偏重于强调与结果的客观关联,要求存在导致危害结果出现的具体危险。

20世纪中叶以后,刑法的结果本位主义日益受到质疑,立法者在设置法定犯的法条时大都转而采用行为本位的模式,以突出刑法的预防功能和主动性;结果本位到行为本位的转变是随着西方国家行政刑法的大量出现而完成的。^[78]刑事立法由结果本位向行为本位的转变,不仅意味着对传统政治自由主义哲学的重大偏离,也表征着结果本身在刑法体系内的重要性下降。^[79]既然外在的侵害结果之于刑事责任的成立在意义上大打折扣,因果关系的地位也就可想而知。在结果对于刑事责任的成立与否并无影响的场合,因果关系自然不可能构成

[77] 参见许恒达:“刑罚理论的政治意涵——论‘刑事政策’的诞生”,《月旦法学杂志》2006年第137期。

[78] 参见储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,页165。

[79] 参见劳东燕:“犯罪故意理论的反思与重构”,《政法论坛》2009年第1期。

刑事责任的根据。即使在要求因果关系的场合,因果关系对于刑事责任的意义也有所降低:人们或者是通过改变结果的外延而将危险也视为结果,由此消解因果关系的证明要求;或者干脆放松行为与结果之间的关联性要求本身,认为较低的关联程度即足以成立刑法上的因果关系。如此一来,即使在表面上维持因果关系作为责任根据的地位,其之于后者的意义早已无法与先前同日而语。

其次,侵害结果及因果关系地位的下降,与超个人法益的大量引入有关。

法益侵害说取代权利侵害说,本意就是要将超个人法益引入刑法的保护范围。在当代的刑法体系中,个体法益的犯罪甚至已经成为星星点点的岛屿,淹没在公共法益犯罪的汪洋大海之中。刑法体系从以个体法益为主导转变为以公共法益为主导,对侵害结果及因果关系作为责任根据的地位的影响是巨大的。一则,在侵犯个体法益的犯罪中,被害人是否受到人身或财产方面的侵害往往一目了然,危害结果是有形的、具体的、可感知的,不以人的主观评价为转移。在侵犯公共法益的犯罪中,危害结果则大多是无形的、抽象的(除非受害者是具体的个人,而此时其实已涉及个体法益的问题)、模糊的,无论是存在与否还是程度大小的问题都无法做直观的判断,而需要进行规范意义上的评价。二则,牵涉个体法益的场合,行为与危害结果之间是否存在作用与被作用的关系,往往受自然因果律的支配,具有自然科学意义上的客观性。相反,公共法益中所谓的资本市场、管理秩序或公共卫生等,本是众多从业者、管理者与参与者综合作用下的抽象的机制或秩序,特定行为是否以及在何种程度上侵犯这样的机制或秩序,显然难以进行客观的鉴定。

因而,一旦刑法将大量的公共法益纳入保护的范畴,危害结果的抽象化与主观化便不可避免。无论是结果的认定,还是行为与结果之间关联性的判断,都将主要取决于主体的主观评价。对于丧失具体性与客观性的危害结果而言,讨论因果关系与归责的问题自然没有什么意义。人们往往从特定行为人违反规范的事实本身,来推定危害结果的存在,推定行为与结果之间存在作用与被作用的关系。换言之,在侵犯公共法益的犯罪中,因果关系与归责的判断,完全为是否存在法益侵害的判断所取代,或者更确切地说,是为是否违反禁止性规范或命令性规范判断所取代。相应地,此类犯罪自然不必再费心考虑因果关系的问题。

再次,侵害结果及因果关系地位的下降,与刑法对法益保护的提前化有关。

刑法对超个人法益保护的强调,使得危险犯在刑法中的重要性日益提升。以保护个人的生命、身体、自由与财产的法益为中心的传统刑法,在认定与处罚犯罪时都十分注重实害,只有在侵害结果出现时,才允许刑法介入。当前的刑法体系则表现出将刑法保护不断前置的趋势,各国的立法者日益常见地利用危险犯(尤其是抽象危险犯)的构成要件,将对相关利益或权利的保护扩张至欠缺现实侵犯后果的阶段。在德国,“对法益、以及经常是对公众的少数的特定利益的单纯的抽象危险,已经被视为是可罚的。这不仅存在于书面上,而且还延伸到实践中非常重要的领域”。^[80] 英美国家对危险犯的使用更是有过之而无不及。刑法理论上,有力的见解认为,刑事责任应当取决于风险创设(risk-creation)而不是导致危害结果出现的因果关系

[80] Lothar Kuhlen, 见前注[69], 页 711。

(harm-causation);因而,关注点被认为应当放在所创造的风险的严重性上而不是放在实际发生的危害的偶然性上。^[81]也正是在这样的语境下,美国的模范刑法典规定,未遂犯、教唆犯及共谋犯在等级与程度上是与相对应的既遂犯相同的犯罪。^[82]尽管这一规定未为美国多数州接受,但其蕴含的对侵害结果的意义的贬抑无疑具有某种普遍性。

四、遭遇隐蔽重构的教义学理论

从概念法学向利益法学的转变,标志着法教义学中所谓的体系,不再是或者主要不是指合乎形式逻辑,而是合乎目的。在目的导向的体系之中,体系性便等于合目的性,指的是在最高目的支配之下的功能指向上的共同性。目的构成教义学体系向外部开放的管道,经由这一管道,来自体系之外的政策需求方面的信息得以反馈至体系的内部,为体系的要素所知悉,并按目的指向的功能调整自身的结构。可想而知,一旦刑法体系回应安全的需求而在整体目的上转向一般预防,除影响法益论与立法层面的刑事责任模式的变革之外,这样的信息势必还会通过目的的管道传递至教义学体系的各个角落,驱使体系之内的各个组成部分做出相应构造上的调整。这便是卢曼系统论所揭示的功能决定结构的真谛所在。

这样的调整深刻地改变了犯罪论的面貌。古典体系关于犯罪论的构想关注只是应罚不应罚的问题,合目的性的考量则放在刑罚论中进行;因而,预防只是刑罚的目的,而非刑法体系的目的。根据这种立场,应罚性是架构犯罪论体系的指导原则,需罚性的考虑则归于刑罚论。也即,应罚性是犯罪成立与否的判断依据,需罚性则是处罚与否的判断根据;应罚性是法教义学上的探讨对象,需罚性则是刑事政策上应思考的课题。^[83]这种对应罚性与需罚性作二元分流的处理范式,对之后的新古典体系、目的主义体系与新古典暨目的主义的综合体系也具有重要的影响。由于仅仅或主要关注应罚性本身,这几种犯罪构造体系因而都带有浓重的本体论色彩。随着预防因素通过目的的管道而日益渗入体系之内,犯罪论体系逐渐表现出向功能主义方向发展的趋势。无论是罗克辛的目的理性体系还是雅各布斯的规范论体系,都是将预防因素整合入犯罪论的构造中而使体系日趋功能化的结果。关于这一问题,笔者会在另外的研究中做出专门交待,此处就不再展开。值得注意的是,在犯罪构造体系明白地宣称向功能主义的方向迈进之前,为回应风险社会中的安全需求,预防导向的刑法体系其实已对自身的其他部分进行了大刀阔斧的调整。因篇幅所限,本文只能就其中的主要方面做一个粗线条的勾勒。

(一)不法的类型化

作为犯罪构造体系的两大支柱之一,不法的领域历来是刑法学派之争中的兵家必争之地。无论是客观主义与主观主义之争,还是结果无价值论与行为无价值论之争,都是围绕不法的本

[81] See Paul H. Robinson, *Criminal Law*, Aspen Law & Business, 1997, p.167.

[82] See Model Penal Code Section 5.05 (1).

[83] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,页89。

质所展开的争论。在古典犯罪论体系中,不法的评价对象仅限于行为的客观侧面,而决定不法成立与否的唯一因素,是行为客观上显现的外在状态(尤其是客观上所引发的危害结果)。这种彻底的客观主义、结果导向的不法论立场,在进入20世纪(尤其是中叶)之后,逐渐难以为继。在未遂犯领域,主观不法论很快取得突破,并占据主导性地位。^[84] 目的主义与人的不法理论的兴起,更是为主观不法与行为不法的立场提供了系统化的理论根据。不仅不法的评价对象变成包含主观侧面的整体的行为,故意成为构成要件要素,主观意思甚至超越客观要件而成为决定不法成立的首要因素。同时,与构成要件结果相对的、造成结果的举止与方法本身,也开始被认为具有独立于结果的意义,甚至比结果本身更为重要,对不法的成立具有决定性的作用。如此一来,古典客观主义所坚持的统一的、不法论立场,已然无法对刑法中的所有不法类型做出解释。

除传统的结果导向的不法模式之外,刑法中至少又出现了其他两种不法模式,即主观导向的不法模式与行为导向的不法模式,前者以未遂犯为典型,过失犯则属于后一种不法模式。这三种不法模式之间是并列关系,而非从属关系。结果导向的不法模式通常被误认为是整个刑法中不法的范例,但它根本无法用以解释未遂犯与过失犯。同时,主观导向的不法模式可以很好地解释未遂犯,却难以对过失犯做出令人信服的解释;行为导向的不法模式也是如此,只是对有某些不法类型具有解释力。拒绝承认刑法的多中心性,经常导致不必要的争论,如弗莱彻所言,德国争论中的缺陷便在于,主张一种不法理论必须解释所有的刑事责任模式。^[85]

刑法中不法论的类型化发展,是刑法体系的目的转换的产物。当代的刑法体系在预防目的的支配之下,越来越倾向于强调需罚性,甚至将需罚性当作指引犯罪论发展的基本准则。正是在这种语境之下,主观导向的不法模式与行为导向的不法模式得以在结果导向的不法模式之外发展起来,三者并行不悖地迎合了一般预防的需要,意在为法益的安全提供更高程度的保护。

(二) 罪责的客观化

犯罪构造体系中的罪责阶层,是责任主义原则的产物。根据责任主义的要求,所有犯罪的成立都应当以行为人存在罪过为前提。因而,责任主义之于国家是一项义务,之于个体则是一项权利,它为国家发动刑罚权设置了重要的障碍。然而,当刑法的目的出现重大调整而日益地强调对危险的控制与预防时,罪责便成为需要重新锻造的对象。既然责任主义的要求无法公然地放弃,那就索性通过重构罪责的内涵,而做到既保留责任主义这面大旗,又实现扩张刑法处罚范围的意图。罪责的客观化与社会化正是在这样的背景之下出现的。

为突出社会的要求与利益,罪责概念中被加入目的刑的思想,强调从预防未然之罪的角度来把握罪责的本质,而不再着眼于已然之行为的可谴责性本身。罪责的考察重心也从行为人是不是在具有选择自由的情况下做出不当的行为决意,转移至其有没有按法规范所期待的那

[84] 参见劳东燕:“论实行的着手与不法的成立根据”,《中外法学》2011年第6期。

[85] 参见(美)乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,页286、352。

样运用自身的认识能力与控制能力。^{〔86〕} 在当代的刑法体系中,责任主义所谓的可非难性,已不在于行为人对主观意思自由的滥用,而在于其未依国家法规范之要求而实施违法行为。在功能罪责论中,罪责本身的本体性内涵(即行为的可谴责性)甚至完全被架空,而为预防的需要完全取代。功能性的罪责概念强调的是目的对于罪责的主导性,认为“只有目的,才能给责任概念提供内容”;而这里的目的,就是指一般预防的需要。^{〔87〕} 因而,雅各布斯(Jakobs)明确将罪责等同于一般预防的需要,在他看来,罪责的确定在于为确证秩序与法信赖之间的联系而惩罚公民的需要提供根据;罪责由一般预防所构建,并根据一般预防来衡量。^{〔88〕} 由此,罪责的前提不是非难可能性,而是现实的或可能的预防需要;行为人本来是否可以不这样做的问题,被另外一种完全不同的考虑所替代,即只要看一看可能的刑法目的,让行为人为某种违法行为承担罪责是必要的还是多余的。^{〔89〕} 罪责不再是影响应否惩罚的因素,而成为判断是否需要惩罚的因素。罪责要求之于行为人已不是一项权利,它与惩罚的公正性不再相关,相反,它变得仅仅涉及社会利益的考量:基于一般预防的考虑,是否需要已经实施不法的行为人进行处罚。可以说,从一般预防目的入手来着手构建刑法的归责结构,是导致罪责逐渐丧失独立功能的根本缘由所在。如此一来,即使责任主义的大旗仍旧高扬,它也显然早已偏离政治自由主义哲学之下的主观责任论与道义责任论的立场。

(三) 实质化的思潮

刑法中的实质化思潮,本质上是刑法刑事政策化的产物,是教义学体系日益受刑事政策上的预防目标指引的结果。^{〔90〕} 刑法体系中的实质化,最初表现为实质违法论的出现。跳脱实证主义的约束而将违法理解为实质意义上的法益侵害,源自于李斯特的推动,与其所提出的法益论密切相关。李斯特的法益概念是伴随目的思想引入刑法学的,目的思想的具体化首先是刑罚目的,所以,他的法益概念是从刑罚论中出现的。^{〔91〕} 李斯特关于目的刑的思想,明显是受耶林目的法学影响的结果。因而,如果承认刑法中实质化的思潮缘起于李斯特的实质违法观,而后者又根源于耶林的目的论思想,则实质化与目的论之间的关联可谓一目了然。

预防目的支配下的刑法体系,在违法论趋于实质化之后,其余部分也开始或早或晚地受到实质化思潮的波及。首先是构成要件判断日趋实质化,无论是构成要件行为(或实行行为)理论还是因果关系理论,都出现向实质化方向发展的趋势。也正是基于此,许玉秀教授指出,客观归责理论和实质违法性理论,同属于 20 世纪以来刑法学思潮乃至法学思潮实质化运动的

〔86〕 参见劳东燕:“罪责的客观化与期待可能性理论的命运”,《现代法学》2008年第5期;劳东燕:“罪责的社会化与规范责任论的重构”,《南京师范大学学报》(社会科学版)2009年第2期。

〔87〕 (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14。

〔88〕 Vgl. *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, 1976, S.8-9.

〔89〕 参见(德)冈特·施特拉腾韦特:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,页205。

〔90〕 参见劳东燕:“刑法解释中的形式论与实质论之争”,《法学研究》2013年第3期。

〔91〕 参见张明楷,见前注〔56〕,页35。

一环。^[92]其次,正犯的判断标准日趋实质化,离原初建立在本体主义基础上的理论立场越来越远。以正犯意志作为区分正犯与共犯的标准的做法,已然被抛弃。当前的刑法理论接受犯罪事实支配理论。在作为犯中,关键不在于有无正犯的意志,或者是否实施构成要件行为,而是实质上在整个犯罪过程中是否处于核心的角色。再次,不作为犯中作为义务的判断日趋实质化。在作为义务来源的判断中,传统的形式性作为义务理论,正日益为根据是否处于阻止危险的支配地位来决定作为义务有无的实质说所取代。实质化的作为义务理论不仅旨在为作为义务的判断提供统一的根据,更重要的是要摆脱形式性作为义务的束缚,重新分配对法益的保护义务。最后,对罪刑规范的解释也日趋实质化。实质解释论要求在对罪刑规范进行解释时,必须考虑处罚的必要性问题,强调以值得刑罚惩罚的法益侵害性来指导对构成要件的解释。为了堵截刑法中的“处罚漏洞”,织就一张严密的惩罚之网,实质解释论习惯于实质判断在先,喜欢探究法规的客观目的与精神,偏爱灵活解释,并经常表现出摆脱常规的文义性约束的强烈欲望。

(四)因果关系与归责

随着风险(包括技术性风险与制度性风险)的日常化,如何分配风险与相应的责任才能起到更好的预防效果,成为刑法必须直面的问题。风险如何分配,本质上涉及的是注意义务如何分配的问题,违背注意义务构成归责的前提。由于注意义务的分配是由注意规范来决定的,规范于是成为归责判断中的施力点。^[93]基于此,行为与结果之间就不再是单纯的客观关联性的事实认定,而涉及规范意义上归责的评价,也即,结果在规范上是否可视为行为人行为的作品。因果关系问题性质上的这种转变,直接动摇了传统自然因果论的根基,也使得条件说无法满足归责判断的基本要求。刑事立法上转向行为本位并据此设置大量的危险犯,并未触及这个问题,至少是没有完全解决结果犯中的结果归责问题。因而,这个棘手的问题留给了教义学,刑法理论不得不对此做出回应。德国的客观归责理论与日本的疫学因果关系说,都是在这样的背景之下出台的。

严格说来,客观归责理论不只是因果关系理论,而同时包含行为归责与结果归责两个层面的内容。它本身便是合目的性考虑之下的产物。此前的各类因果论,本质上均属于关系论,热衷于讨论行为与结果之间的关联性本身。即便是被认为已经具有浓重归责色彩的相当因果关系说,也始终将关注的重心放在行为与结果之间是否存在社会经验法则意义的联系的问题上,没有完全摆脱因果律的局限。客观归责论认为,因果关系本质上涉及的是归责的评价,而评价不可能从实然的存在中引申出来,只能从法秩序的目的中予以推导。因而,结果归责的判断应当着眼于法秩序所追求的目的,并合乎于此种目的。如果刑法体系乃是以预防为目的,则预防上的考虑自然也需要被整合入结果归责的判断之中,并用以指导个案中对归责的具体判断。这也是为什么 Schünemann 要将规范保护目的提升为客观归责理论的上位原则,并认为所谓

[92] 许玉秀,见前注[83],页275。

[93] 参见劳东燕:“风险分配与刑法归责:因果关系理论的反思”,《政法论坛》2010年第5期。

规范保护目的就是一般预防的观念。^[94]

疫学因果关系的特殊之处在于,它是行为与结果之间连自然科学意义上的条件关系都无法确凿进行证明的因果关系。人们充其量只能得出若 A(行为)存在则 B(危害结果)的发生机率会升高的结论。倘若认为这也成立条件因果关系,从逻辑上讲,它表明的也只是行为与危害结果发生的机率的提升之间存在条件关系,而不是行为与危害结果的发生本身存在条件关系。因而,肯定疫学因果关系所带来的归责结论,其实等于承认,连条件关联性都不存在的结果仍可归责于行为人的行为。在此种意义上,疫学因果关系与风险升高理论并无实质的不同,二者都属于概率升高型的归责模式。这样的归责模式出现于刑法领域,从传统的罪疑惟轻原则的角度来考察,完全没有正当性。然而,从预防与合理分配风险的角度来看,这样的归责模式较之于传统模式更为有效。在一个高风险的社会,导致危害结果出现的原因与作用机理往往比较复杂,行为与结果之间的因果关联变得日益难以确定与证明。对此,除非任由集体的不负责任的现象恣意蔓延,不然,决策者很难抵制其中的诱惑,而一概运用罪疑惟轻作有利于被告人的认定。

(五)客观的故意理论

传统的故意理论认为,意欲是不可或缺的主观要素。坚持意欲要素,所坚持的正是“人只为自己意志的创作负责”这个现代的罪责原则。^[95]然而,晚近以来间接故意理论的发展过程中,出现了弱化甚至否定意欲要素的趋势。传统的意欲论已经鲜有追随者,人们要么干脆主张意欲要素无用论,认为间接故意认定的关键取决于认知因素,要么通过对意欲的内容重新进行界定,认为意欲的内容由行为决定来体现而不是针对结果,从而架空意欲要素的意义。无论是意欲要素无用论者还是意欲要素必要论者,其实都解构了意欲要素作为判断故意的独立元素的地位。^[96]据此,对于故意的成立而言,重要的不是行为人是否真地在心理上“容认”了结果的发生,而是其心态在规范上是否有必要评价为故意。正是基于规范性的理由,“对于那些明知而招致‘直接且显然会招致结果发生之危险’的行为人,人们论断他容忍该结果发生,而不去追问他是否果真如此,也不去管他是否把结果的发生从意识中排除”。^[97]

故意理论中的这种客观化趋势,表面上是随着客观归责理论的出现而出现,是要求故意的判断决定于客观构成要件的结果。实际上,它的根源要复杂得多,应当视为回应风险社会的预防需要的产物。从预防的角度而言,故意的成立,除认知的因素之外,添加意欲因素属于多此一举,不仅无益反而有害,因为这实际上是在变相地鼓励行为人可以利用他人的法益作为赌注来追求自己所要的东西。如黄荣坚教授所言,在行为人事先不确定法益侵害结果是否真地发生的情况下,如果将其行为当作故意行为来处理,在刑事政策上表达的是这样的诉求:在行为人事先不确定侵害结果是否发生时,就等于已经相当确定侵害结果会发生,所以行为人应该放

[94] Vgl. Schünemann, Über die Objektiver Zurechnung, GA 1999, S.215.

[95] 参见许玉秀,《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社 2008 年版,页 132。

[96] 参见劳东燕,见前注[79]。

[97] (德)英格博格·普珀,《法律思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社 2011 年版,页 21。

弃其行为。反之,如果将行为人的行为当作过失行为来处理,则在刑事政策上表达的是另一种诉求:在行为人不确定侵害结果是否果真会发生的情况下,行为人还是可以用他人的法益做赌注去试试运气,即使赌输了,法律上还是赋予轻度的责任,就好像其根本没有想到侵害结果可能会发生一样。正是基于此,黄荣坚教授提出,在故意的观念里加上“意”的要素反而侵害了被害人,也侵害了一般社会大众的基本人权,因为这种严格的定义降低了“故意”这个观念对于一般人生命、身体、自由和财产等法益的保障功能,而这种使“故意”贬值的做法没有宪法上或刑法上其他基本原则的依据。^[98]

(六)被害人学的兴起

“被害人”的正式崛起,始自上个世纪70年代,它以被害人权利运动与恢复性司法的兴起为主要标志。尽管出现的时间非常接近,但刑法教义学中被害人学的源起,与被害人权利运动与恢复性司法的兴起并无内在的关联。被害人学关注的重心主要不是对被害人权利的保护,而是考虑如何有效分配风险,以及何者处于防卫风险最有利的位置的问题。教义学理论上所进行的相应调整,总体而言是从预防有效性的角度重新进行风险分配的结果。也即,从刑事政策上展开,考察是否值得给予被害人刑法保护,以及值得给予多大程度的刑法保护。这意味着,被害人学其实是犯罪论向功能主义方向发展的产物。如Schünemann所言:“绝非偶然地,在德国仅仅开始讨论功能性刑法教义学体系几年之后便流行起所谓之被害者释义学(Viktimologie-Dogmatik),其将被理解为理性地限制可罚性的最后手段原则当作解释以下案例的准则而具体化,该种案例之特征即系潜在之被害人毫无疑问具有充分之自我保护力量。”他因此认为,被害人教义学毫无疑问是功能性刑法体系成熟的成果之一。^[99]

正是在风险社会的背景之下,传统的“加害—被害”关系被重新予以审视。被害人被认为需要进行自我保护,如果他自愿选择陷于危险之中,则他应当自我负责,刑法没有必要对这样的被害人进行保护。据此,按传统刑法理论中的被害人承诺无法否定对行为人归责的情形,比如被害人明知行为人醉酒而仍搭载后者的汽车,结果发生车祸而受伤或死亡,依照被害人学中发展出来的自我答责原理,则会得出阻却对行为人归责的结论,行为人无需对被害人的伤亡结果负责。被害人学的理论对于分则中具体罪名的解释也产生了重要的影响。比如,诈骗罪中,对被害人已然认识到欺诈的可能性,但怠于对自己的保护而受到欺诈的情况,学理上开始倾向于认为不构成诈骗罪。

五、风险刑法理论中的立场之争

尽管财富分配的逻辑并未为风险分配的逻辑所取代,发展仍构成社会的主旋律,但中国社会无疑正以不可遏制的态势加速度地滑向风险社会。在快速的工业化进程中,随着越来越多的破坏性力量释放出来,并暴露于公众的视野之下,一直被忽略的关于现代化副作用的知识开

[98] 参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,中国人民大学出版社2009年版,页9。

[99] 许迺曼,见前注[47],页49、51。

始走向前台,促成对现代化的反思与批判。作为一个后发现代型国家,中国何以在短短数十年之内迅速地变成一个准风险社会,贝克曾给出颇具说服力的解释。说到底,在一个物质短缺的社会里,在可见的因饥饿而死亡的威胁与不可见的因有毒化学物质而死亡的威胁的争论中,前者总会是胜利的一方,否认风险存在的观念随之会支配全社会。然而,这样的胜利是损失巨大的胜利——否认风险存在的观点在哪里流行,就在哪里产生它所否认的风险社会。同时,贫困国家的司法混乱与利益纷争,也为制定抹杀和混淆的政策提供了很好的机会,通过有选择地界定问题以限制灾难性后果;从法律的束缚中脱离出来的生产的经济条件,像磁石一样吸引工业康采恩,并且和克服物质贫困、争取民族自决的国家利益结合成一种爆炸性的混合物。^[100] 中国社会向风险社会的迅速转型,迫使我们不得不直面西方社会已经面临的诸多同质性或同源性的问题。

当前我国有关风险刑法理论的探讨,表征着学界对风险社会问题开始有所察觉。然而,无论是支持者还是反对者,大都将风险社会理论对于刑法的影响局限在较为狭小的领域,而没有意识到,风险社会背景之下刑法体系所经历的乃是结构性的变化。这样的变化不仅发生在西方国家的刑法体系,它们也日益渗透到我国的刑事实践与刑法理论之中。本文梳理风险社会理论与刑法体系之间的关系,不是要赞成所谓的风险刑法理论,而是反对不经反思的、盲目的批判。如果安全问题构成风险社会面临的首要问题,如果刑法体系的预防走向代表着实然的发展趋势,则只有在正视社会需求与刑法变迁的前提下,去考虑如何控制风险刑法的内在危险问题,才是一种理性的、科学的研究态度。

(一) 预防刑法对自由刑法的全面侵蚀

古典刑法理论强调惩罚只限于侵犯他人自由的场合,除非给他人的权利造成侵害,不然个体的自由便不应当受到限制。借助于普遍而抽象的规则,刑法为个体的自由划定了边界,只有在个体逾越了自由的界限而对他人的权利造成侵害或侵害的威胁时,刑罚权才允许介入。这倒不是说古典刑法体系不关注预防的目的,而是说“预防并非一种独立的国家策略,借以调控社会运作,国家所使用的其实只是个案实施的制裁,以杜绝违法之侵害。除此之外,国家所能仰仗的,就只有从制裁措施的存在当中所衍生的那种预防性效果了”。^[101] 对古典刑法理论而言,立法层面罪与刑之间的对称或适应,构成法威慑论的基础,也是其借以实现预防效果的基本手段;具体个案中的制裁,只不过是确认与佐证刑的实在性而已。到李斯特时期,借助立法文本所登载的罪刑价目表被认为并不足够,李斯特期望在执行层面通过策略性地运用刑罚的手段来追求预防效果。他倚重的是处遇分流的方法,即针对不同类型犯罪人的反社会特性选择不同的抗制手段,而刑罚只是作为其中的抗制手段之一存在。^[102] 在犯罪论的构造上,预防从来不是需要考虑的因素。如此一来,“古典的犯罪体系呈现独特的双面形象:一方面通过刑

[100] 参见贝克,见前注[15],页46—52。

[101] (德)迪特儿·格林:“宪法视野下的预防问题”,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,页112。

[102] 参见劳东燕:“刑事政策与刑法体系关系之考察”,《比较法研究》2012年第2期。

罚处罚条件上的客观主义与形式主义来最大限度地保障法安全,另一方面又借助行为人导向的制裁体系最大程度地实现合目的性。”^[103]在罗克辛看来,代表相互疏离的两股趋势的“李斯特鸿沟”,即李斯特将体系整体社会意义之目的的、与犯罪作斗争的方法,也就是刑法的任务归于刑事政策,而法律的平等适用和保障个体自由免受“利维坦”干涉的法治国—自由的机能则归于刑法。^[104]对于古典刑法体系而言不仅在逻辑上不矛盾,而且根本就是其构架中不可偏废的两个有机组成部分。

然而,随着风险社会的来临,国家的任务被认为主要不是在侵害实际发生时进行制裁,而是在危险初露端倪时就能发现并通过预防措施加以遏制或去除,事后的制裁反而成为预防无效时才会动用的补充手段。个人不能再以自治为由禁止国家的介入,国家对个体行为的控制由此得以扩张与加强。贝克因而认为,实际的或潜在的灾难不会对民主制有所助益,它产生了一种逐渐发展起来的充满“控制”、“官方认可”和“官方监督”之类语句的语言。^[105]相比于制裁性国家行为,对预防性国家行为往往更难以在事前规定明确具体的法律规范进行严格约束,这使得预防性国家行为更容易逃脱传统机制对国家权力的控制。由此,“预防性国家行为陷入一种两难境地。在其防范自由所遭遇的个别危险的过程中,它也在整体上削弱了社会秩序的自由品质,同时,也在部分程度上侵蚀了民主和法治性的保障机制,而这些机制正是为了限制国家权力,保护个人自由而发展出来的”。^[106]对此,贝克也有过类似的表述,由于风险社会包含了一种使预防危险的极权主义合法化的倾向,这就不可避免地使现代的民主体制陷于难堪的困境:“或者在面对系统产生的危险的时候失败,或者通过极权和压迫性的‘支持力量’的增加去怀疑根本的民主原则。”^[107]正是在此种意义上,“风险社会的理论触及了对于现代社会具有建构意义的自由和安全的基本关系”。^[108]被设计用来预防风险的制度与理论,本身可能就蕴含着重大的内在危险,而后一种危险也同样是需要严加防范的东西。

眼下,刑法法规似乎在懵懵懂懂地朝着这样一个方向发展:刑法本来是被限制在保护个人化法益以免受侵害这样的任务上的,人们也将这种刑法称为服从于法治国家这一导向的刑法,可是,目前刑法的发展趋势越来越偏离这种“法治国家导向”了。^[109]刑法体系向预防目的的调整,乃至安全刑法的日益崛起,其本质在于用自由换安全,即社会成员用牺牲部分权利与自由为代价,来换取安全的社会生活。为了实现将危险扼杀在萌芽状态的目的,刑事立法与教义学共同作用不断地将可罚性的标准往前推移,在个人法益尚未受到实际侵害的场合,刑法就被认为应当提前予以保护。预防本身具有无止境扩展的本能,总是倾向于将国家介入的界点不

[103] Jescheck & Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S.203.

[104] 参见(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4。

[105] 参见贝克,见前注[15],页95—96。

[106] 格林,见前注[101],页114。

[107] 贝克,见前注[15],页96。

[108] 沃尔夫,见前注[21],页82。

[109] (德)沃斯·金德豪伊泽尔:“适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?”,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

断地推前。如学者所言,以预防为名的体制的成功取决于,一旦危险的越轨行为被诊断出,它能够迅速地进行干预。由于急于根除威胁,这个体制总是感到存在尽可能早地进行干预的压力,而不是等着威胁以犯罪行为的形式呈现时才介入。压力将随着每一次隔离的失败而加剧。将潜在的威胁扼杀于萌芽状态的目标,与其实现的不可能性一起,促使预防性措施的持续扩张,沿着朝威胁的起源的因果链上无限制地后退。^[110]与这种刑法性预防伴随而来的,不仅是所欲追求的安全保障,还有对旨在保障自由的传统刑法观念的根本性挑战:原本处罚已经发生了的不法的刑法越发地致力于防止将来的损害。因此,向预防的转化导致刑法远离了其传统的目标和界限,致使刑法变成了普通安保法(Sicherheitsrecht)中的一部分,并且可能使得刑法和警察法之间的界限在这一范围内变得模糊不清。^[111]

因可罚性的前移而带来的实体刑法的膨胀趋势,或者说“刑法防卫线的重大扩张”,^[112]无疑对启蒙以来的自由主义构成严峻的挑战。也因此,它深深地困扰着刑法学者。对现代刑法的批判首先指向它持续扩大的适用范围,同时也指向公共法益和抽象危险犯日益提高的重要性。^[113]针对刑法中日益增多的预防性入罪的现象,有德国学者曾发出这样的疑问:法益保护原则是否正在为前置的行为控制模式所取代?^[114]最终,人们不得不面临这样一种终极的追问:风险社会中,自由是否会因为对安全的追求而不断萎缩?

(二) 风险刑法理论的研究进路与立场

我国近年来有关风险刑法理论的讨论,呈现出意见纷呈的局面。在相关研究中,既有否认社会基础的变化从而全盘拒绝风险社会理论的,^[115]也有将风险刑法理论当作时代潮流而积极予以支持的,^[116]还有的是持兼顾论的立场,肯定刑法体系面对风险问题应作出必要的回

[110] Markus Dirk Dubber, "Policing Possession: the War on Crime and the End of Criminal Law", 91 *Journal of Criminal Law and Criminology*, pp.841-842 (2001).

[111] (德)乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,页201。

[112] 台湾学者林东茂指出,从传统自由主义的观点,行为之所以应受处罚,是因其具体侵害了某些人的法益,而不是因其可能破坏一种抽象的机制,或人们想像出来的价值。把一种机制或价值当作法益来保护,可能会让刑法变成“嫌疑刑法”。可能演变成嫌疑刑法的疑虑,是因为保护超个人法益,在刑法构成要件的安排上,常常要借用抽象危险构成要件。被处罚的行为,都没有造成任何结果;刑法所做的否定的价值判断,是针对行为方式本身,而不是针对结果。这是对于刑法防卫线的重大扩张。林东茂:《危险犯与经济刑法》,台湾五南图书出版公司1996年版,页75-76。

[113] 这是德国学者Kuhlen对现代德国刑法所做的断言,笔者以为它可以扩张适用至一般意义上的现代刑法。Kuhlen,见前注[69],页712。

[114] (德)贝恩德·许迺曼:“敌人刑法? 对刑事司法现实中令人无法忍受的侵蚀趋向及其在理论上的过分膨胀的批判”,杨萌译,载冯军主编:《比较刑法研究》,中国人民大学出版社2007年版,页258-259。

[115] 参见张明楷,见前注[25];刘艳红:“‘风险刑法’理论不能动摇刑法谦抑主义”,《法商研究》2011年第4期。

[116] 参见郝艳兵:“风险社会下的刑法价值观念及其立法实践”,《中国刑事法杂志》2009年第7期;王立志:“风险社会中刑法范式之转换——以隐私权刑法保护切入”,《政法论坛》2010年第2期;姜涛,见前注[51];高铭喧:“风险社会中刑事立法正当性理论研究”,《法学论坛》2011年第4期。

应,同时强调基于“风险刑法”所蕴含的重大危险,应将其限定在适当的范围之内。^[117]当然,在兼顾论的阵营中,各个学者的立场也不尽一致,主要是对风险刑法理论的适用范围存在不同看法。此外,还有一部分研究涉及的是如何适用风险刑法理论中的某些具体制度或技术,以及如何进行适用上的限定与规制。基本上,这些研究覆盖了刑法理论与刑法政策上的诸多问题,并且对风险刑法理论的内在危险表现出相当的警惕态度。这是值得肯定的一面。

然而,由于仅仅将风险社会理论解读为关于技术风险的理论,既有的研究大多将风险刑法理论的影响局限在刑法体系的一隅,更多地是关注显在的、局部的现象变化,而没有觉察到刑法体系本身所经历的结构重组。在这种相对狭隘的研究视角之下,支持者忽视了风险社会的语境给刑法理论的根基所带来的冲击与消极影响,而反对者则要么暗渡陈仓,要么使刑法理论的发展日益地与社会的发展相脱节。与此相应,对于风险刑法理论所蕴含的侵蚀自由、腐蚀形式法治国的内在危险,人们采取的往往是非此即彼的思考方式:要么无视其中的危险而对风险刑法理论的走向一味地表示支持,要么因其存在危险的一面而表示坚决的排斥。即使是兼顾论者,也明显是希望将风险刑法理论当作既有刑法体系中的例外,试图通过限缩其适用范围来遏制其侵蚀自由的危险。这样的思考方式未免过于简单与绝对,也严重偏离了问题的重心。刑法中出现的局部的变化症状当然值得关注,但真正重大的命题应当是如何看待与处理刑法体系整体上的预防走向问题。失去对这一命题的本质性的把握,必然使相关论者在刑法理论的研究中表现出自我矛盾的立场:一方面,对所谓的风险刑法理论的兴起表示强烈的反对与愤慨,另一方面却又无所不用其极地试图摆脱法治国所要求的形式性约束,强调刑法的法益保护功能,积极推进刑法理论的实质化。

当代刑事立法与刑法理论所经历的变迁,早已溢出了古典刑法体系所构建的理论框架的边界。这种变迁是在一般的法律分析中观察到的,是从既有的立法与理论的发展中发现与过滤得出的,在实然层面作为刑法体系的一部分存在着,而不是风险刑法(或安全刑法)理论的支持者自己创造或者臆想出来的。包括敌人刑法理论,也根本算不上是雅各布斯个人的产品,其专利权只能归之于当代的立法者。雅各布斯的本意是为了揭示现代社会中反对基本原则的敌人,同时充分暴露立法者的敌人思维;借此,他希望区分假定的理想的法律和现实化的法律。^[118]把敌人刑法的帐算在雅各布斯头上,在某种意义上,就像是《皇帝的新装》中将皇帝赤裸的责任归咎于指出其没有穿衣服的孩子一样。无怪乎雅各布斯会觉得委屈,他只是分析性地指出了一种现实,这种现实并不是他造成的;他指出现实本身,也并不代表他在法政策上支持这样的现实。风险刑法理论或安全刑法也是这样,一味地指责指出刑法体系变化的学者,甚至认为后者需要对自由刑法或法治国受到侵蚀的现实负责,是不公平的,也是荒谬的。指出变化的现实本身,并不代表对其的支持或者赞成,而只是要求在正视这种变化的前提下考虑问

[117] 参见陈晓明,见前注[66];南连伟,见前注[2];陈兴良:“‘风险刑法’与刑法风险:双重视角的考察”,《法商研究》2011年第4期;夏勇,见前注[26];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。

[118] 蔡桂生,见前注[7]。

题。仅仅是因为反对这种变化,便无视并否认其存在的现实性,无异于自欺欺人。这样的做法不仅不利于问题的解决,还会有养虎贻患的风险,结局很可能是,自由刑法被迫完全让出现实的地盘,而最终仅存于人们一厢情愿的想象与构想之中。

风险社会理论表明,刑法体系向安全刑法的转移有其现实的社会基础,预防的走向代表着刑法对社会需求所做出的一种自我调整。“预防性国家行为的扩张和全新定位,不应被看作风行一时的潮流。相反,它们是对社会变迁的政治反应,就此而言,尤其是从这些预防行为的核心内容来看,它们乃是结构性的现象,因此,支撑性的底层结构若不发生改变,预防行为也就不会消失。”^[119]这意味着,只要风险社会的社会基础没有变化,刑法体系的预防走向恐怕很难全盘拒绝。并且,如果预防是因技术的进步与由此引起的不确定性而引起,则技术进步不停息,在可预期的将来,预防必定是只会增加而不可能减少。对于刑法体系的预防走向,盲目反对的立场与一味追捧的态度一样,都有欠明智。预防的走向本身并非洪水猛兽,由于预防型刑法本身将很多危险扼杀在萌芽状态,在风险社会的背景之下,应当承认它具有积极地保障个体自由的作用的一面。这意味着,应当在正视预防的前提之下,来思考如何解决其中的侵蚀自由的危险问题。明智的态度应当是,从现有的体系中努力发展出合适的控制标准。一方面,要强化刑法内部的保障机制。这些保障机制不仅是指刑法只适用于存在于有责地实施了不法的场合,而且还包括行为刑法的基本原则、构成要件的确定性、禁止溯及既往、无罪推定、存疑有利于被告、由中立的检察院领导诉讼、严格的法官保留以及其他诸多刑事诉讼法的保障;单纯将以风险预防为目标的法律标记为刑法,并不能成为刑罚规定的基础。^[120]刑法内部的保障机制自然也包括法益保护原则,有必要恢复与重建法益概念的批判性功能。如罗克辛所言,在运用刑法来对抗风险时,必须捍卫法益关联性与法治国的其他归责原则;在无法做到这一点的时候,刑法的干预就必须停止。^[121]另一方面,要强化宪法对于刑法的合宪性控制。必须结合宪法所设定的目标与预防本身的逻辑,重新理解宪法中的基本权利,强调基本权利对刑法乃至整个国家行为的预防走向的制约作用。^[122]

应当承认,风险社会的背景之下,国家行为的预防走向对整个公法体系都造成重大的冲击。不管是刑法、行政法还是宪法,都遇到了自身无法应对的问题。无论如何,只有将预防现象纳入到教义学体系之内,对其进行适当的规制才存有可能。如果在教义学的框架之内根本不考虑预防,则它也就根本不可能解决预防的问题。本文对如何规制刑法体系的预防走向问题,只是提供了一个非常粗糙的框架。这不是因为它不重要,而恰恰因为它太重大,不仅跨越刑法学,也跨越整个法学,是当代哲学、政治学、社会学、法学、管理学等诸多学科共同面临与需要解决的重大时代命题。在宏观的制度框架层面,限于篇幅,本文没有给出更为详尽、也更具可操作性的解决方案。可以肯定的是,刑法中既有的保障措施对于约束预防走向的问题会起

[119] 格林,见前注[101],页122。

[120] 齐白,见前注[111],页206。

[121] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 71.

[122] 参见格林,见前注[101],页122-129。

到一定的作用,但它不是刑法本身能够完全解决的。如果宪法中不发展出相应的制约机制,则预防性的国家行为基本上就是一个无解的困局。

六、结语:在描述与批判之间保持平衡

在风险社会的背景之下,古典刑法理论几乎遭遇了全方位的改造。这样的改造基本上是在维持原有面貌的前提下进行的,并未声称要放弃原有的理论。但是,隐秘的改造最终表明,其效果是极为惊人的。在达博(Dubber)看来,努力将自身伪装成传统刑法是现代监控性体制(police regime)的重要组成部分;这层伪装对于其成功是关键,因为不容忽视的公众抵制将干扰国家尽可能有效且持久地消除威胁方面的努力。因而,保留传统刑法的痕迹,并通过操纵既定准则对传统刑法予以渗透,而是不完全废除它,符合监控性体制的利益。^[123]

笔者并不认同对刑法体系的这种隐秘的改造,相反,认为这种改造蕴含着巨大的危险。关键在于,对刑法问题的研究,应当在正视现实语境的前提之下来展开。即使所发生的变化并不值得支持,甚至应当坚决予以反对,也必须首先弄清楚变化本身。不然,对刑法问题的探讨,就会有刻舟求剑的嫌疑,不仅理论与实践之间的鸿沟会进一步加剧,理论本身也容易蜕变为学者之间围绕概念演绎而展开的智力游戏。对于刑法理论而言,“我认为”式的评价当然很重要,但它显然不是唯一重要的,“我发现”式的对现实的描述同样不可或缺。况且,任何一种理论,如果无条件地迁就现实而使理论获得实证意义上的精确性,固然是存在问题,因为这样一来,理论就会丧失其作为批判标准所具有的功能。另一方面,一味地无视现实,过分紧缩学术的概念,导致既有的理论框架根本无法对普遍存在的现实给出有效的解释与回应,恐怕也并不妥当。强调基于当下的语境来思考刑法中的问题,并不意味着对启蒙话语与自由主义的否定与拒绝,而只是期望刑法理论能在描述与批判之间保持必要的平衡。

(责任编辑:江 溯)

[123] Dubber, 见前注[110], 页 834。