

“风险社会”中的“风险”辨析

刑法学研究中“风险”误区之澄清

夏 勇*

摘 要 近年我国刑法学界热衷于德国贝克教授提出的“风险社会”理论,相应地提出了风险类型的犯罪,并主张以严厉刑法应对。但这场研讨未能恰当区分“风险社会”的“风险”与“社会危害性”意义上的“风险”,未能区分“风险社会”的“风险”与德国当代若干刑法学说中的“风险”,从而也未能分清刑法中哪些是“风险社会”的“风险”犯罪。这既不利于刑事政策的恰当选择,也不利于我国刑法学研究的深入开展。本文旨在通过辨析,澄清相关误区。

关键词 风险社会 风险 刑法

从“中国期刊全文数据库”收录的篇目来看,以“风险社会”为标题的刑法学论文数量迄今为止有 22 篇,其中,除了 2005 年的 1 篇译文之外,我国学者劳东燕在 2007 年发表于《中国社会科学》的《公共政策与风险社会的刑法》一文算是最早的大作了,此后,2008 年有 3 篇,2009 年有 12 篇,2010 年前 8 个月有了 5 篇。此外,还有两篇博士论文。^[1] 对风险社会刑法问题的关注呈现增长趋势。作者们大都指出,风险社会刑法问题研究中的“风险社会”理论为当代德国社会学家乌尔里希·贝克教授所创立。^[2] 鉴于此,笔者要提出的问题是:上述以“风险社会”名义展现的

* 中南财经政法大学刑事司法学院教授。本文由国家社会科学基金资助,项目编号:09BFX080。

[1] 参见“中国知网”(www.cnki.net)。

[2] 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;赵书鸿:“风险社会的刑法保护”,《人民检察》2008 年第 1 期;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;康伟:“对风险社会刑法思想的辩证思考”,《河北学刊》2009 年第 6 期;杨帆:“基因犯罪初探:以风险社会为视角”,《犯罪研究》2009 年第 6 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:“风险社会之下经济刑法的基本转型”,《现代法学》2010 年第 4 期;李安:“社会风险的容忍边界——闹市飙车肇事案的刑法反应”,《政法论丛》2009 年第 6 期;田鹏辉:“论风险社会视野下的刑法立法技术——以定罪技术为视角”,《吉林大学社会科学学报》2009 年第 3 期,等等。

成果,真的都是以贝克教授的“风险社会”理论为平台吗?对这个问题的回答直接关系到刑法如何应对社会中的“风险”。

一、“风险社会”的“风险”与“社会危害性”意义上的“风险”

“社会危害性”是我国刑法学中的传统概念,其基本含义是犯罪现象对受到国家法律保护的社会关系的严重侵犯。这种“危害性”包括两种情况:①对我国的某一社会关系造成实际危害。例如,某一公民的健康权被侵害,公私所有的财产被侵占等;②对我国的某一社会关系造成现实威胁,即虽未造成现实损害,但具有造成损害的现实可能性。刑法分则规定的危险犯(指以危害结果发生的危险为要件的犯罪)与总则中规定的犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止,都对某种社会关系造成现实的威胁,因而同样具有社会危害性。^[3]显然,后一种情况就可以被归结为“风险”。因为“风险”的一般含义即指“可能发生的危险”,^[4]是“人们在生产建设和日常生活中遭遇能导致人身伤亡、财产受损及其他经济损失的自然灾害、意外事故和其他不测事件的可能性”。^[5]就是说,没有造成实害但具有造成实害可能性的犯罪,其社会危害性就表现为“风险”。当然,没有造成实害但具有造成实害可能性的行为,并没有都被立法者犯罪化,但无论这种行为是否被犯罪化,它都包含着一定程度的“风险”——一种以造成实害可能性为内容的社会危害性。那么,这些或被犯罪化或没有被犯罪化的行为所包含的社会危害性意义上的“风险”是“风险社会”中的“风险”吗?回答是否定的。

具有实害发生可能性的行为之“风险”一直伴随着人类社会的存在,只不过,我国古代刑法更倾向于把这样的“风险”行为规定为犯罪,西方传统上更看重实害而较晚地把“风险”行为犯罪化。如果说存在这种“风险”的社会就是“风险社会”,那么无异于说人类社会从来就是“风险社会”,贝克的“风险”概念就没有什么新鲜之处了。我们当然不能得出这样的结论。因为大家公认贝克教授提出的“风险社会”是一个过去不曾有过的新理论。尽管,与“社会危害性”概念中包含的“风险”一样,“风险社会”中的“风险”也是指人为的“风险”,然而,不能说任何人为的“风险”都是“风险社会”中的“风险”。“社会危害性”的“风险”存在于一切社会形态之中,而贝克明确指出,“风险社会”只是与“工业社会”或“阶级社会”相对的概念。

据贝克解释,“工业社会”尚属物质财富的“短缺社会”,这种社会围绕着物质财富的生产和分配运转,创造财富的经济需求促成的“现代化进程”是“用科技发展的钥匙开启隐藏的社会财富源泉之门”,分配财富的政治格局必然地演化出了贫富差别的“阶级社会”。第三世界是典型的处于“工业社会”或者正向“工业社会”迈进的国家,还在为了“每天的面包”而斗争。与此不同,“风险社会”虽然也要继续生产和积累财富,但已经没有了把解决饥饿折磨“作为一

[3] 参见马克昌:《刑法》,高等教育出版社2007年版,页29。

[4] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1978年版,页325。

[5] 夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社2002年版,页462。

个超越于其他一切问题之上的首要问题的紧迫性”，在这样的社会中，“‘超重’的问题代替了饥饿的问题”，人们日益不堪负荷的是生产财富的“副作用”带来的前所未有的破坏力量——“风险”。〔6〕在贝克那里，“风险社会”的特定“风险”之来源是工业生产带来的污染，但它具有单纯“工业社会”的工业污染所不具有的一系列新特征，笔者将其归纳如下：

第一，难测的“风险”。与“工业社会”中发生的污水横流、乌烟弥漫、垃圾遍野、熏鼻刺眼的常见景象相区别，“文明的风险一般是不被感知的，并且只出现在物理和化学的方程式中（比如食物中的毒素或核威胁）”。〔7〕专家垄断了对“风险”的判定，大众不能通过感知逃避“风险”。

第二，掩盖的“风险”。“风险”以科学的外衣达致合法化。一个最突出的表现就是以所谓科学的概率或者统计的平均量来判定“风险”。各种各样的物理或者化学指标告诉人们，在某个数值以下就是安全的。“它们允许毒物的排放，并且仅仅在那个限定的程度上视其为合法。任何限制污染的人也同时赞同污染。任何仍旧有可能发生的事物，不管它可能的危害有多大，通过社会的界定都可以是‘无害的’”。〔8〕

第三，毁灭的“风险”。这种“风险”的预期是否定人类生存的灾难性后果，是无可挽回不可扭转的灭绝前景。例如，现代农业大量施用化肥，虽然氮肥中产生的高浓度硝酸盐目前还可以因为底土层的分解作用避免了渗透到食用的水源，但是，“这如何发生，还能持续多久并不知道。我们没有理由不无保留地期望在未来这种保护层的过滤作用还存在。……定时炸弹在滴答作响。在这个意义上，风险预示着一个需要避免的未来。”“风险社会是一个灾难社会。”一旦风险“兑现”，就是毁灭之日，人类就要断子绝孙。“这种效应只有在它实际发生的时候才出现，但它实际发生时，它便不复存在，因为已经没有东西存在了。”〔9〕

第四，全球的“风险”。这种“风险”不分国度——“今天作为工业化的不明确的后果，森林的消失是全球性的，并有着极为不同的社会和政治后果。像挪威和瑞典这样森林覆盖率很高的国家，自身几乎没有任何污染严重的工业，同样要遭受影响。它们不得不以森林、植物和动物物种的消失为代价，来偿还其他高度工业化国家的污染债。”〔10〕那些把污染工业迁到发展中国家的发达国家，终究也要吃到污染的苦头。“它们拥有一种全球化的内在倾向。危险的普遍化伴随着工业生产，这种情况是独立于生产地的：食物链实际上将地球上所有的人连接在一起。风险在边界之下蔓延。空气中的酸性物质不仅腐蚀雕像和艺术宝藏，它也早就引起了现代习惯屏障的瓦解。即使是加拿大的湖泊也正在酸化，甚至斯堪的纳维亚最北端的森林也

〔6〕 参见（德）乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博文译，译林出版社2004年版，页16-17。

〔7〕 同上注，页18。

〔8〕 同上注，页76。

〔9〕 同上注，页35、12、40。

〔10〕 同上注，页18。

在消失。”“生态灾难和核泄漏是不在乎国家边界的。”^{〔11〕}这种“风险”也不分阶级——“那些被污染的和认为被污染的东西是属于你的,无论你是谁——因为社会和经济价值的丧失,区别已经没有意义了。即使维持着法律上的所有权,它也会变得无用和无价值。”“贫困是等级制的,化学烟雾是民主的。”^{〔12〕}

总之,“它们是现代化的风险。它们是工业化的一种大规模产品,而且系统地随着它的全球化而加剧。”这种风险就是现代科技带来的生态灾难,“它们的基础是工业的过度生产”。因此,“风险社会”的典型是“西方高度发达的、富裕的福利国家”。^{〔13〕}

可见,“风险社会”中的“风险”,只是社会发展到一定阶段才出现的“风险”,它仅仅存在于一切社会中的“实害发生可能性”的一部分或者阶段性表现。因此,我们就不能把自古就有且今天仍然存在的“实害发生可能性”这种社会危害性意义上的“风险”与“风险社会”中的“风险”混为一谈,更不能把传统的“风险”说成是贝克教授提出的概念。这种区别十分重要,因为人们关注“风险社会”中的“风险”犯罪,目的是要给予不同的刑事政策考量,为犯罪化和处罚提供不同的根据,直接关系到对相关行为的处理,相应的刑事政策的取向又是以社会发展背景为基础的。一旦概念混淆,把我国社会出现的较为突出的一些“实害发生可能性”归结为“风险社会”的“风险”,由此得出我国进入了“风险社会”的结论,势必要求仍在解决温饱的我国发展中的社会要向“饭饱神虚”的发达国家那样采取相同的刑事政策取向,其后果便是阻碍我国经济的发展。如果我们不顾我国的发展阶段和水平,完全按照发达国家的环境保护标准,我们就无法利用资源发展生产、创造财富、强大经济了。试想,如果要让空气达到高度清洁,那么只好房屋停盖、大桥停造、道路停修、厂房停建……。因此,虽然我国社会中也出现了一些“风险社会”中的“风险”,但从总体看,我国仍然处于“工业社会”过程中,我们的刑事政策取舍不可能完全与进入“风险社会”的发达福利国家相提并论。这正是研究“风险社会”刑法问题给予我们的重要提示。

二、“风险社会”的“风险”与德国刑法理论中的“风险”

作为德国知名社会学家的贝克教授并没有专门研究刑法学,也没有在他的代表作《风险社会》和其他相关论著中涉及刑法问题,他只是站在全人类生存和全世界发展的角度与高度,透视了一个全球化的问题。那么,我国的刑法学者怎么会把自己的研究与德国贝克教授的“风险社会”联系起来?

其实,我国刑法学界在很大程度上只是使用了“风险社会”的表述,其有关研究作品一方面端出贝克教授的“风险社会”,表明自己是针对现代科技带来的生态“风险”展开

〔11〕 同上注,页18、38、21。

〔12〕 同上注,页42、38。

〔13〕 同上注,页18。

话题,其讨论也在某些方面涉及这样的“风险”罪名;另一方面却从不同方向明显超越了贝克的“风险”概念,例如,恐怖主义威胁,交通风险,包括重大事故在内的生产风险,包括金融危机在内的经济风险,或者经济利益风险,还有个人隐私风险,等等,都被纳入了“风险社会”的风险范围。有学者进一步将其区分为经济风险、社会风险和環境风险3个大类。其中,除了经济风险包括金融危机之外,社会风险还包括了群体性事件。与此相适应,作为风险应对的刑法罪名而被提及的有危害公共安全的犯罪,恐怖活动犯罪,破坏经济秩序的犯罪,贪利型职务犯罪,侵犯知识产权犯罪,黑社会性质的犯罪,海盗犯罪,计算机犯罪,甚至还有毒品犯罪,奸淫幼女的犯罪,等等。

我国刑法学界在论及具体“风险”罪名时,把“风险社会”的“风险”与社会危害性意义上的“风险”混为一谈,实际上已经脱离了他们自己作为研究前提的“风险社会”了。按其关注的“风险”犯罪来理解“风险社会”,我国便是“风险社会”无疑了——如前所述,这恰恰是一个重大的误区。不过,当我们把作者们的“风险”犯罪与贝克教授的“风险社会”概念切断时,就会遇到一个障碍,这就是作者们提供的表明其“风险”犯罪与“风险社会”之间联系的依据,即他们认为自己论述的“风险”犯罪是从德国著名刑事法学者那里来的,而德国刑法教授所论述的“风险”犯罪又是以贝克教授“风险社会”为背景的。就是说,正是这种通过德国刑事法学者的“中介”而形成的传承渊源关系把我国刑法学者的论述与贝克教授的“风险社会”挂起钩来。这里涉及的德国刑法教授至少有3位,他们是慕尼黑大学的罗克辛教授、波恩大学的雅各布斯教授和金德霍伊泽尔教授。^[14]之所以把这几位教授作为“中介”,是因为他们的论著中都出现了“风险”或者类似的“危险”概念,有的还直接涉及“风险社会”的理论背景。因此,说我国刑法学者们的“风险”犯罪与贝克教授的“风险社会”脱节,还需要说明上述几位德国教授的刑法理论究竟如何。

罗克辛教授的刑法学说以“客观归责理论”而著称。关于“客观归责理论”的地位,刑法学界存在争议,围绕是否因果关系问题形成对立,但无论如何,都同意这是一个评价结果犯的客观构成要件问题。^[15]罗克辛本人有关“归责于客观行为构成”的表述也清楚地表明这一点。^[16]“‘客观归责原则’包含三个判断标准:制止不被允许的风险,实现不被容许的风险以及构成要件的效力范围。”^[17]我国刑法学界有人把罗克辛的“客观归责理论”与贝克的“风险社

[14] 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;王振、董邦俊:“风险社会中的刑法回应”,《江西科技师范学院学报》2008年第3期。

[15] 参见张丽卿:“客观归责理论对台湾地区实务判断因果关系的影响——以台湾地区‘最高法院’96年台上字第5992号判决为例”,《北方法学》2009年第5期;陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,页203-204。

[16] 参见(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226,245。

[17] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,页391;参见克劳斯·罗克辛,同上注,页245-274。

会”联系起来,主要在于“客观归责理论”中的“不被容许的风险”。“客观归责理论是德国刑法面对风险社会的现实所作出的积极回应。”^[18]其实,“客观归责理论”中的“风险”表述并非“风险社会”的“风险”。我们看一下罗克辛教授在阐述“客观归责理论”时所举的例子:甲以杀人的故意对着乙开枪,但是,乙仅仅受了轻伤,但却在医院治疗期间由于火灾丧了命。行为人的射击虽然引起了被害人死亡这个不能允许的危险,但是在医院的火灾中并没有实现这个由于射击伤害而阐述的风险,由于这个原因,就不能把这个结果作为已经完成的杀害而归责于这个行为人。这个行为人只能承担杀人未遂的责任而不能承担杀人既遂的责任。如果在暴风雨就要来的时候把别人派到森林里去,希望他被雷劈死,结果他真的被雷劈死了,行为人并非杀人,因为把人派到森林里去,并不是创设了一种在法律上不被允许的杀人风险,所以是无罪的。^[19]可见,这里讨论的风险根本不是“风险社会”中的特定风险,不过是一般意义上的风险,是要确认一个行为是否具有侵害法益的可能性,也就是我们所说的是否具有社会危害性——造成实害的可能性。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。

雅各布斯教授的刑法学说主要是“规范论”。他认为,文明世界的特征在于一切都是可以控制的,失去对世界的控制,就没有文明世界;文明社会的期待透过规范来表达,法律规范就是人们交往和生活的基本结构,犯罪就是对这种期待的反动,刑罚则是对这种反动的反制;行为人有轻视法律的意欲实施破坏归责的行为,就要对其归责;对于那些持续性地、原则性地威胁或者破坏秩序者和根本性的偏离者,应当作为敌人来对待,即适用“敌人刑法”,可适用严刑峻罚,直至死刑。^[20]雅各布斯教授的理论 with 贝克教授的“风险社会”之间究竟有何关系呢?有论者认为:

在社会巨变所带来的风险的驱动以及立法与司法的双重挤压下,刑法的解释立场也发生了一定的变化。其中,与风险社会理论相关的刑法解释的经典理论主要有“敌人刑法论”……更注重维护安全。同时,他还归纳出了敌人刑法的四个特征:“处罚范围的前置化”、“罪刑不均衡”、“向一般犯罪领域的扩散”和“程序保障的限制”。在这种认知之下,他把“经济犯罪”纳入敌人刑法的范畴。不难看出,雅各布斯是希望将敌人刑法从市民刑法中切割出去,以保护市民刑法的根基,而这种切割如何进行则是关键问题,这就与风险社会产生了关联:即一般将那些具有重大危险的犯罪行为分离出去,以采用不同于传统刑法的制裁模式来对待。因此,在雅氏的敌人刑法之下,经济犯罪人不配再被当做市民来看待,而是应把他当做敌人来进行战争,而战争的目的只是为了抗击“危险”。当然,为

[18] 王振、董邦俊:“风险社会中的刑法回应”,《江西科技师范学院学报》2008年第3期。

[19] 克劳斯·罗克辛,见前注[16],页245-246。

[20] 许玉秀,见前注[17],页11-14;刘仁文:“敌人刑法:一个初步的清理”,《法律科学》2007年第6期。

了实现这一目的,往往需要针对经济犯罪订立特别刑法,并“将其可罚性提前到犯罪预备阶段”。尽管雅各布斯的敌人刑法理论受到了学界的批评,但他的理论却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。^[21]

显然,论者所关注的是雅各布斯教授对“敌人”所采取的“不同于传统刑法的制裁模式”,认为这种严厉的模式正是要应对“风险社会”中的犯罪,尤其是经济犯罪。在笔者看来,这未免过于牵强。所谓“不同于传统刑法的制裁模式”恰恰是在越“传统”的社会曾经越盛行的模式。即便这里的“传统”是指近代以来的逐步走向宽和谦抑的刑法,那么与此取向相对的严厉模式也并不等于就是针对“风险社会”的,因为论者提到的“危险”根本就不是“风险社会”中的“风险”类型。就雅各布斯教授的理论自身而言,强调刑法的目的是保护规范,是要对规范破坏者归责,与“风险社会”理论没有直接和必然的联系。在他的理论中,也找不出这种联系的证据。

金德霍伊泽尔教授的刑法学说是“安全刑法”。在金德霍伊泽尔教授亲自解读“安全刑法”的中译文章里,“风险”与“危险”交替使用,甚至标题中还出现了“风险社会”的表述。而且,金德霍伊泽尔教授在与中国学者进行的访谈中,还正面阐述了贝克的“风险社会”。^[22]那么,这是否证明“风险社会”就是“安全刑法”的理论前提呢?笔者的回答是否定的。第一,金德霍伊泽尔教授在自己介绍“安全刑法”的文章里,虽然有“危险”和“风险”的表述,但始终没有提及贝克教授及其“风险社会”理论。^[23]第二,金德霍伊泽尔教授在接受中国学者访谈时,虽然论及贝克教授的“风险社会”,但这是在中国学者首先提到这个话题时所做的回答。^[24]第三,金德霍伊泽尔教授在论及“风险社会”时,忠实地阐述了贝克教授的原意,即“风险社会概念的核心是西方工业国的发展逻辑”。即是说,

在现今的工业国家现代化发展进程中,社会的安全阀随着现代化程度的不断提升而不断地脆化,因为这个社会的安全系数已被现代化自身不断演化的逻辑所逾越。切尔诺贝利核电站的核灾难、基因科技对人类生存的威胁等,都不断地显示出:在按照现代西方工业国的发展逻辑去发展所谓现代化工业的过程中,人类文明将不断地上演“常态的混乱”。^[25]

第四,金德霍伊泽尔教授虽然论及“风险社会”及其“风险”,但清楚地阐明了“安全刑法”理论的出发点不是“风险社会”及其特定时代“风险”,而是纵贯人类历史的“安全”需求。“人类自从有历史记载以来,都是过着群体生活,这是基于生存的基本需求即安全需求。不管是原

[21] 姜涛,见前注[14]。

[22] 参见薛晓源、刘国良:“法治时代的风险、危险与和谐——德国著名法学家、波恩大学法学院院长乌尔·金德霍伊泽尔教授访谈录”,《马克思主义与现实》2005年第3期; (德)乌尔·金德霍伊泽尔:“安全刑法:风险社会中的刑法危险”,刘国良编译,《马克思主义与现实》2005年第3期。

[23] 乌尔·金德霍伊泽尔,同上注。

[24] 薛晓源、刘国良,同上注。

[25] 同上注。

始社会还是近代文明、现代文明社会,人类从来都把这一需求视为生存的根本。因此,可以下这样一个结论:即安全需求产生群体、产生社会和国家。安全的对立面就是不安全,也可以说是危险、风险。这些从来都伴随着人类社会的发展而发展。”〔26〕可见,“安全刑法”中的“不安全”因素比“风险社会”中的“风险”因素更为宽泛,它包括一切危害人类发展的危险,既包括“风险社会”的特定“风险”,也包括“风险社会”中存在的其他人为“风险”,甚至还包括洪水、地震等严重自然灾害构成的“外生性危险”。只不过,人为的危险更难治理,故刑法要发挥重要作用。由于人为危险日益增大,故刑法的警戒线需要提前,可考虑设置更多的“危险犯”。总之,金德霍伊泽尔教授承认“风险社会”的存在,也承认“风险社会”使“安全”问题变得更加突出和紧迫,但“安全刑法”的出发点是“安全”或者“不安全”,该问题自古有之,只是当代更为棘手和严峻罢了。

笔者注意到,采访了金德霍伊泽尔教授的中国学者也采访了贝克教授。然而,在面对中国学者把国际恐怖主义、国内腐败和分配不公等现象作为“风险”表现而提问时,“风险社会”理论的创始者表现出一名德国教授的冷静和理性,他始终没有肯定或者确认这些现象属于“风险社会”的“风险”,只是顺势将其作为一种谈话的背景或者相对独立的主题,其间,也使用了“风险”的字眼,如“可以说‘美国式人权主义’取代世界主义是现实世界风险的主要根源。”又如,“从西方社会发展的趋势来看,目前中国可能正处于泛城市化发展阶段,表现在城市容纳问题、不均衡发展和社会阶层分裂,以及城乡对比度的持续增高所有这些都集中表现在安全风险问题上。”〔27〕但显而易见,这些“风险”都是贝克教授所指的与“风险社会”不同的“阶级社会”的表现。贝克教授从未否认过在前“风险社会”就有“风险”,我们也不能要求贝克教授只能在“风险社会”的意义上使用“风险”概念,况且,他的上述说法还是在中国学者所使用的“风险”话题基础上的讨论。因此,这并不等于贝克教授在访谈中扩大了“风险社会”的“风险”范围,由此便能与德国刑法学者的力量挂起钩来,更让中国刑法学界的泛风险言论得到了贝克教授的真传。相反,贝克教授在访谈中一再重申他在《风险社会》一书中坚持的观点:

当代社会的风险问题在本质上体现为社会性、集团性、结构性。我的风险社会理论是以资本主义工业社会为探讨基础的,我认为现代国家所要面临的首要问题已经不是物质匮乏,而是风险前所未有的多样性以及风险所造成结果的严重性。也就是说,我的探讨前提是风险问题的扩大,物质分配问题已经不再是主要难题了,而风险分摊的逻辑才是所有国家必须费尽心思所要解决的问题。这也正是社会病因所在。因而,从这个思路出发,我认为,所有民族国家由于科学技术的进步不可避免地会发生社会转型:即由阶级社会向风险社会转型。而在这个风险社会里社会与个人也在不断地进行着自我毁灭:即社会透过发展工业对生态环境的破坏促使社会走向自我衰亡。我正是抓住风险社会的这两个双向

〔26〕 同上注。

〔27〕 薛晓源、刘国良:“全球风险世界:现在与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克教授访谈录”,《马克思主义与现实》2005年第1期。

的自身毁灭的危机来建构和颠覆风险社会当中的内在动因和外化行动的非正常性,从而提出全球化的世界风险社会的概念,以此来表述风险社会的危机。

在《风险社会》这本书里,我曾经指出,风险的来源不是基于无知的、鲁莽的行为,而是基于理性的规定、判断、分析、推论、区别、比较等认知能力,它不是对自然缺乏控制,而是期望于对自然的控制能够日趋完美。在今天看来,科技不仅仅只具有正面作用,同样相伴而生的是它的负面危害。而当时,我所关注的是危害的特性,表现为显现的时间滞后性、发作的突发性和超越常规性(因为科技的应用所带来的损害往往大过其功能)。故此,从这个角度说知识经济也就是风险经济,知识社会也就是风险社会。今天的科技成了一种潜在的危险(这种危险不是仅仅在今天刚刚产生,而是相伴科技而产生的,以前这些危险不是没有而是表现的数量相对较少,故而没有引起人们的足够重视。“风险”(Risiko)本身并不是“危险”(Gefahr)或“灾难”(Katastrophe),而是一种相对可能的损失(Nachteil)、亏损(Verlust)和伤害(Schaden)的起点,而在这个疆界消逝的科技全球化时代,风险也就必然全球化了。因此,科技全球性的世界已然形成全球风险世界。^[28]

可以说,除了“环境风险”,我国刑法学者论述的其他风险都与贝克的“风险社会”没有直接关系,它们不过是传统风险在现代社会有所增长罢了。贝克并没有主动提及这些风险,更没有把它们归入“风险社会”的“风险”概念。尽管恐怖活动、生产事故有可能与严重污染有关,如核污染,但贝克仅仅从核能利用的副作用着眼风险,而未将核污染与其并无必然联系的恐怖活动、生产事故列为风险。

由上可见,贝克教授的“风险社会”与其他3位教授的各自学说之间即便有一定联系,却并无源流关系,尽管他们都是生活在当代的德国学者。他们所说的“风险”并非都是“风险社会”的“风险”。几种理论毕竟自成体系,各有一套。这就要求我国刑法学者在研究“风险社会”刑法问题时要更加谨慎,不要张冠李戴,把一个教授使用的特殊概念强加给另一个教授。不要把“风险社会”理论与其他理论扭在一起,以此论证国外刑法的犯罪化“趋势”和刑罚的严厉化“倾向”。^[29]更不要撇开贝克的“风险社会”理论,却又直接以“客观归责理论”作为“风险社会”的根据,^[30]或者直接将“风险社会”与“敌人刑法”相联系。^[31]贝克反复强调,“风险的概念直接与反思性现代化的概念相关。风险可以被界定为系统地处理现代化自身引致的危险和不安全感的方式。风险,与早期的危险相对,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。”^[32]那些自称是以贝克“风险社会”理论为出发点的刑法学研

[28] 同上注。

[29] 姜涛,见前注[14];王振、董邦俊,见前注[14];薛晓源、刘国良,见前注[22]。

[30] 参见许发民:“风险社会的价值选择与客观归责论”,《甘肃政法学院学报》2008年第3期。

[31] 参见董邦俊、王振:“风险社会中刑法人权保障机能之危机”,《云南大学学报(法学版)》2010年第1期。

[32] 乌尔里希·贝克,见前注[6],页19。

究,却在超出该理论“风险”范围的基础上讨论犯罪与刑罚问题并得出结论,这种做法本身存在的一种“风险”是最终否定贝克教授的“风险”概念。试问:金融危机是一种财产性的经济风险,那么,财产失窃或被打劫算不算风险?知识产权可能被侵犯属于风险,那么,货币可能被伪造算不算风险?个人隐私存在被随意披露的风险,幼女面临被性侵害的风险,那么,个人生命和健康受到威胁算不算风险?黑社会活动和群体性事件给社会带来了风险,那么,聚众颠覆国家政权算不算风险?恐怖活动、交通隐患、海盗等威胁公共安全的情况属于风险,那么,威胁国防安全的情况算不算风险?等等。只要承认这都是风险,那么这种风险可以引申出刑法中规定的一切犯罪。因为这里的风险是一般意义上的人为风险,它实际上是刑法中的社会危害性。根据我国公认的刑法理论,社会危害性是犯罪本质,任何犯罪都不能没有社会危害性,毫无疑问,每一个犯罪都不能缺少社会危害性意义上的“风险”。这样一种风险的理解和运用,虽然能为刑法学研究给定一个场域,但它与贝克的“风险社会”渐行渐远。这样讨论“风险社会”的刑法问题,不仅与贝克教授关联不大,而且贝克教授引以为豪的创新观点被社会危害性这一老问题所悄悄替代。更为关键的是,我们的研究既有真正以贝克“风险社会”理论为基础的部分,又有大量超出的部分,二者混为一谈,结果就是很容易把适用于“风险社会”的刑法研究结论直接推广到超出这一范围的其他“风险”对策上去。或者相反,可以轻易地把其他风险对策推广到“风险社会”来运用。笔者并不是要排除这种推广可能存在的合理性,如在贝克专门强调的核泄漏风险与他并没有涉及却在生活中“猛于虎”的交通事故风险之间,也许可以进行这种推广,至少可以考虑这种推广。笔者只是要指出,即便这种推广合理可行,也应当先把“风险社会”的风险与其他风险区别开来,分别研究各自的对策,再说明“风险社会”与其他风险之间的内在关联性,以找到对策相互推广的契机。把“风险社会”中的“风险”与一般“风险”区别开来,并在此基础上探求“风险社会”是否需要特殊的犯罪化取向和刑罚举措,才真正是刑法学界的任务。

三、“风险社会”的“风险”与我国刑法中的“风险”犯罪

以贝克教授“风险社会”中的“风险”特征为标准来检视我国现行刑法,可以看到已经有了与“风险社会”中的“风险”相对应的一批相关罪名,它们就是那些与生产、持有、转移、传播、破坏可能导致灾难性后果之物品的相关“风险”行为。主要有:

1. 危害公共安全罪的相关罪名。第 115 条的“投放危险物质罪”、“过失投放危险物质罪”和第 125 条第 2 款规定的“非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪”。这 3 个罪名都是在原“投毒罪”的基础上,由《刑法修正案(三)》将犯罪对象从毒害性物质扩大到了放射性等物质,而这些物质性对象由于人为的原因可能发生的危险都符合“风险社会”之“风险”的特征,从而该立法适应了应对“风险社会”之“风险”的新需要。第 130 条“非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪”和第 136 条危险物品肇事罪,这 2 罪的对象也有放射性、腐蚀

性等物质。

2. 破坏社会主义市场经济秩序罪的相关罪名。第140条“生产、销售伪劣产品罪”,第141条“生产、销售假药罪”,第142条“生产、销售劣药罪”,第143条“生产、销售不符合卫生标准的食品罪”,第144条“生产、销售有毒、有害食品罪”(刚刚通过的《刑法修正案》(八)将该罪的起刑点由拘役提高为有期徒刑,凸显了从民生角度重视“风险”),第145条“生产、销售不符合标准的医用器材罪”,第147条“生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪”,第148条“生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪”,第151条“走私核材料罪,走私珍贵动物、珍贵动物制品罪,走私国家禁止进出口的货物、物品罪”(《刑法修正案(七)》扩大了范围并加重了处罚),第152条第2款“走私废物罪”(为《刑法修正案(四)》所增加的罪名),第222条“虚假广告罪”,第229条“提供虚假证明文件罪”和“出具证明文件重大失实罪”。

3. 妨害社会管理秩序罪的相关罪名。第330条“妨害传染病防治罪”,第331条“传染病菌种、毒种扩散罪”,第332条“妨害国境检疫罪”,第334条“非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪”,“采集、供应血液或者制作、供应血液制品事故罪”,第337条“妨害动植物防疫、检疫罪”(《刑法修正案(七)》增加了“有引起重大动植物疫情危险”的“危险犯”,明显是对现代“风险”的应对),第338条“重大环境污染事故罪”,第339条“非法处置进口的固体废物罪”(《刑法修正案(四)》扩大了范围并直接规定了该罪的刑罚,除了“以原料利用为名”进口固体废料的,不以走私罪论处,足见对现代风险防范的重视),第340条“非法捕捞水产品罪”,第341条“非法猎捕杀害珍贵、濒危野生动物罪,非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪”,“非法狩猎罪”,第342条“非法占用农用地罪”,第343条“非法采矿罪”,“破坏性采矿罪”,第344条“非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪”,“非法收购、运输加工、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪”,第345条“盗伐林木罪”,“滥伐林木罪”,“非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪”。

4. 渎职罪的相关罪名。第397条“玩忽职守罪”,第407条“违法发放林木采伐许可证罪”,第408条“环境监管失职罪”,第409条“传染病防治失职罪”,第410条“非法批准征用占用土地罪”,第412条“商检徇私舞弊罪”,“商检失职罪”,第413条“动植物检疫徇私舞弊罪”,“动植物检疫失职罪”,第414条“放纵制售伪劣商品犯罪行为罪”,等等。

可见,在客观上,我国刑法已经在相当程度上反映了“风险社会”应对“风险”犯罪的需要。但在主观上,我国刑法未必就是而且肯定不是以“风险社会”理论为上述罪名的立法指导的,而是以传统的社会危害性理论为基础的。那么,我国当前刑事立法要不要把“风险社会”理论作为系统依据呢?以此作为依据的刑事法理是否选择严厉的取向呢?这直接关系到对我国刑法上述罪名的评价和未来安排。

贝克指出:人们总是沉浸在可见财富的欲望和财富得失的悲喜之中,对包括导致财富本身悄悄贬值在内的毁灭性风险的防范无所作为,或者视而不见,或者缺乏信心。然而,现代风险的普遍增长和不断在越来越多的局部转化为残酷恶果的现实,使得人们日益陷入无时无地不

在的巨大风险恐惧之中。人类为了自保不得不正视这种无可逃避的风险,并产生主动防范风险的驱动力。“阶级社会的驱动力可以概括为这样一句话:我饿!另一方面,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。在这种意义上,风险社会的团结并且这种团结形成了一种政治力量。但是,焦虑的约束力量如何起作用甚至它是否在起作用,仍是完全不明确的。”^[33]这正是贝克站在挽救人类的高度所要寻求的东西——一种众志成城地应对现代风险的社会理性政治力量。然而,笔者与贝克教授一样担心——应对“风险社会”的动力有多少能够转化为现实?

可以承认,在富裕的发达国家,衣食无忧而需要“减肥”的人们开始有了更多的“风险社会”的焦虑,但是,他们的行动呢?我们不能完全否认他们采取了一些行动,但情况并不乐观。第一,他们丝毫不愿意减少自己对世界资源消费的高额比例,也不打算停止或者哪怕减慢风险开发的步伐,超级核大国更没有什么称得上负责任的像样承诺和举动,甚至不愿承诺不首先使用核武器。从全球减排与裁军方面的谈判进程来看,更从动辄诉诸武力发起战争和为了图利而毫不顾忌引发军备竞赛的做派来看,着实令人沮丧。第二,他们不是无私地放弃那些大量生产“风险”的工业,而是将其转移到“饥不择食”的不发达国家,并且也舍不得投入用于缓解风险的污染处理上的花费。比较一下全球工业结构,看看冒着黑灰的烟囱迁到了哪里,这个问题便不证自明。第三,他们还总是要求不发达国家在风险防范上承担更多义务,自己消费着大部分世界资源,却苛求发展中国家做出“负责任”的减排承诺,全然是“饱汉不顾饿汉饥”,缺乏风险防范的诚意。总之,发达国家一方面有了风险意识,却在另一方面仍然奉行贝克所说的“财富分配原则”而非“风险分配原则”,根据后者,“或早或晚,现代化的风险统一会冲击那些生产它们和得益于它们的人。它们包含着一种打破了解决和民族社会模式的‘飞去来器效应’”。“社会危险的循环可以总结如下:在现代化风险的屋檐之下,罪魁祸首与受害者迟早会一起来”^[34]无疑,在全球金融危机的情势下,发达国家越加看重钱财而不顾贝克的“风险社会”了。诚然,“阶级社会和风险社会存在着很大范围的相互重叠”^[35]尤其是全球化的今天,当第三世界在很大程度上成为发达国家的污染性工业甚至生活垃圾的疏散地时,不发达国家便面临着财富问题与风险问题的双重困扰。这是发达国家不曾经历过的。发达国家最初进入工业化道路时,他们只想着财富积累,一心一意赚钱,进入高科技带来的风险社会时,他们已经成为福利国家。相比之下,不发达国家刚刚摆脱发达国家曾经的殖民统治,向着工业化迈进,却还没有来得及解决温饱问题,就面临全球化的“风险社会”的挑战和压力。这毕竟是全人类的问题,不发达国家理应负起自己的一份责任,不能因为发达国家的不负责任而推卸我们的责任。但是,不发达国家负责任的良好愿望,受制于摆脱贫困线的速度。面对千百万发出“我饿”呻吟的饥民,要以降低产量、减少污染和毒素的办法去提高质量,从而防范风险,恐怕有一

[33] 同上注,页 57。

[34] 同上注,页 21、40。

[35] 同上注,页 36。

段困难的路要走。“因为害怕失去收入,就会有更高的忍受程度。”^[36] 上个世纪50年代末60年代初我国发生的饥荒,迫使人们啃树皮吃泥巴,许多人因误食有毒的野果野草失去性命,为了生存不得不甘冒风险,谁还顾得上把防范风险放在第一?因此,无论我们的主观意志如何,在应对“风险社会”的动力和举措上,不发达国家在客观上不可能走到发达国家的前面去。这也决定了,作为尚未进入“风险社会”的世界上最大的发展中国家,在“风险社会”的刑法问题上,我国也不可能领先于发达国家。相反,已经进入“风险社会”的发达国家在这个方面的思路 and 做法,倒是不可缺少的参照值,它能够提醒我国刑法学界,不要忽视应对“风险社会”的思考和行动,也不要不切实际地走得太远。我们有必要在刑事立法方面进行比较研究,看看西方发达国家“风险”犯罪立法所达到的程度。

“风险社会”的主题非常重大,除了涉及国际政治之外,也直接关联国家政策。表现为生态性灾难后果且产生于工业和科技并与经济利益动因相交织的“风险”,并非一部刑法就能防范。“风险社会”的根源在刑法之外,刑法的应对举措只有辅助作用。相对于常见的传统社会问题而言,刑法应对“风险社会”的作用更加有限,因为“风险社会”需要更加强有力的国家政策来应对,关系到对整个社会可持续发展的布局设计和调节——一个全面的“科学发展观”问题。同时,国家政策的推行虽然需要法律,但刑法作为二次规范,它以其他法律规范的调整为前提,它是对那些否定一次调整的行为加以否定的强势规范,而“风险社会”中的“风险”一般具有合法性,使得刑法难以介入。社会中存在的风险究竟可以分为什么样的类别和等级?所以,无需夸大刑法的作用,刑法学界不要认为自己能够解决“风险社会”多少问题。在这个意义上,笔者认为我国刑法学界当前的借鉴可以更多地着眼于“安全刑法”。

这样说,并不意味着我国刑法学界对于“风险社会”无所作为。第一,“风险社会”中具有合法性的“风险”虽然挡住了刑法作为二次调整规范的去路,但对这种人为导致的风险的研究,可以明确该种风险是否属于刑法所关注的社会危害性及其程度,从而在一定程度上促使一次调整规范的变更,为规制风险创造违法性前提。第二,“风险社会”的一些风险类型已经具有违法性前提,如奶粉中的“三聚氰胺”超标添加这种现象就处于刑法调整的前沿阵地,就必须研究对于哪些这样的行为需要追究刑事责任。风险的违法性,表明其内在的社会危害性,刑法不能不对这种有着社会危害性的风险行为加以检视,而且也应该对那些“断子绝孙”而丧尽天良的“制毒”行为予以特别严厉的打击。第三,“风险社会”的一些风险表现已经被刑法犯罪化,这就需要进一步在社会危害性的程度上研究在处罚上的轻重是否合理适当的问题。我国虽然还不是贝克教授所述的“风险社会”,但也正在逐步进入之中,况且已经处于“风险社会”的发达国家会拿“风险分配”说事,我们不能不未雨绸缪。

(责任编辑:蒋 鸢)

[36] 同上注,页37。