



上海市学术著作出版基金

周铭川 著

风险刑法理论研究



上海人民出版社



上海市学术著作出版基金

周铭川 著

风险刑法理论研究

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

风险刑法理论研究/周铭川著. —上海:上海人民出版社, 2017

ISBN 978-7-208-14566-5

I. ①风… II. ①周… III. ①刑法-研究 IV. ①14.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 155067 号

责任编辑 汪 娜

风险刑法理论研究

周铭川 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 24.5 插页 5 字数 298,000

2017 年 7 月第 1 版 2017 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14566-5/D·3047

定价 68.00 元

风险刑法理论研究



序 言

自人类进入现代社会以来,各种起源于人类科学决策的风险层出不穷,各种恐怖主义犯罪、环境污染犯罪、食品安全犯罪等新型犯罪日益涌现,极大地侵害了人民群众的生命财产安全,引起了社会的广泛恐慌,严重破坏了社会的安定性。鉴于这种人为风险与自然风险的较大不同,德国社会学家乌尔里希·贝克于20世纪80年代提出风险社会理论,畅言这种人为风险的可怕情景及其全球合作的应对对策。在其理论基础上,刑法学界展开了对人为风险应对对策的研究,提出了所谓风险刑法、安全刑法理论,详析风险刑法与传统刑法在法益保护、人权保障、责任原则等方面的重大区别。然而,由于刻意坚持两种理论的不同,学术界有放大两种理论之间差别并有意忽略两种理论相同之处的倾向,从而进入一个研究误区。实际上,学术界对于我国是否已经进入贝克所谓风险社会、是否应当存在风险刑法理论,是一直存有争议的。

鉴于理论纷争混乱激烈的研究现状,周博士的《风险刑法理论研究》一书,试图在详细分析贝克和其他学者的风险社会理论的基础上,对风险刑法理论的概念、特征、起源、主要内容、与传统刑法相关概念和理论之间的关系等重要问题,进行比较全面而系统的梳理、研究,并在两种理论相调和的指导思想下,就罪过概念的实质化、过失危险犯的正当性和抽象危险犯的必要性等重大问题,展开比较系统而深入的研究,

提出一系列比较独特而新颖的观点。例如,认为我国刑法采取的归责原则是对罪过概念进行实质评价、客观评价的心理责任论,对抽象危险犯不允许以个案中不存在具体危险或抽象危险而出罪,应适当增设抽象危险犯和过失危险犯,等等,都具有一种折中调和的特点。其余如认为应根据立法理由不同而将犯罪分为行为犯、结果犯和危险犯,抽象危险犯是将故意违反安全规章制度的行为犯罪化,刑法中应只使用“危险”概念而不使用“风险”概念等,都可能引起较大争议,但同时也给人以较大启迪。

在分析论证方面,该书的最大特色在于,勇于对传统刑法理论和风险刑法理论进行质疑批判,善于从两种理论各自内部的矛盾出发以指出各具体概念或理论的真正实质,从而有利于启迪人们从各个角度思考问题,引导人们正视理论的实质、不回避理论体系内部的矛盾、不将刑法理论视为不可改变的教条,并且特别注重理论联系实际,擅长跳出刑法思维的限制,站在一个未曾系统学习过刑法理论的普通民众的角度,去思考解决问题的正确途径,以使理论尽量切合实际。这无论是对刑法理论研究还是对刑事司法实务,都具有较大的参考价值。

期待周博士今后写出更多更好的作品,高标准、严要求、勤思考、多实践,为刑法理论的发展贡献力量。

张绍谦

2017年3月8日

(张绍谦,上海交通大学法学院教授、博士生导师、刑法学科带头人)

目 录

序言.....	1
引言.....	1
第一章 风险与危险、风险社会理论	4
第一节 风险与危险.....	4
一、什么是风险	4
二、什么是危险	7
三、风险与危险的异同	11
四、“风险”与“危险”是否可以区分	17
第二节 风险理论	20
一、贝克的风险理论	20
二、其他社会学者的风险理论	33
三、刑法学者的风险理论	40
第三节 风险社会理论	46
一、贝克的风险社会理论	46

二、其他学者的风险社会理论	57
三、刑法学者的风险社会理论	62
第二章 争议声中的风险刑法	76
第一节 风险刑法的概念、特征、起源	76
一、风险刑法的概念	76
二、风险刑法的特征	79
三、风险刑法的起源	82
第二节 风险刑法的主要内容	86
一、乌尔斯·金德霍伊泽尔的风险刑法理论	87
二、我国学者的风险刑法理论	92
第三节 风险刑法的是是非非	104
一、风险刑法赞成者的主张	104
二、风险刑法反对者的主张	107
三、第三条道路:回避	115
四、风险刑法的应有定位	117
第三章 风险刑法与相关概念	133
第一节 风险刑法与敌人刑法	133
一、敌人刑法的主要观点	133
二、风险刑法与敌人刑法的异同	137
第二节 风险刑法与刑法学派之争	139
一、风险刑法与实证学派	139

二、风险刑法与主观主义	143
三、风险刑法与社会防卫论	146
第三节 风险刑法与罪责刑法	148
一、风险刑法与严格责任	148
二、风险刑法与代理责任	152
三、风险刑法与团体责任	156
第四节 风险刑法与客观归责	158
一、客观归责与风险刑法的关系	158
二、客观归责理论的主要内容	159
三、客观归责理论与风险刑法理论不相干	163
第四章 风险刑法与罪刑法定、实质解释及处罚早期化	168
第一节 风险刑法与罪刑法定	168
一、风险刑法是否违背罪刑法定原则	168
二、罪刑法定原则的基本内涵	172
三、罪刑法定原则的实际命运	174
第二节 风险刑法与实质解释	180
一、实质解释的基本内涵	180
二、抽象危险犯中的实质解释	187
三、其他应当适用实质解释的例子	192
第三节 风险刑法与处罚早期化、全面化	197
一、预备行为正犯化	197
二、帮助行为正犯化	199

三、未遂行为正犯化	200
四、持有型犯罪	201
第五章 实质的罪过概念	209
第一节 故意概念的相对性、客观性	209
一、故意并非心理学要素的实例	210
二、形式的故意概念与实质的故意概念	219
三、故意概念的相对性、客观性的具体论证	223
四、对实例一、二中行为人罪过的解读	231
第二节 过失概念的评价性、客观性	233
一、传统刑法对过失概念的理解	233
二、过失犯的本质是对发生伴随结果的目的行为的 否定评价	238
三、犯罪过失的客观化问题	252
第三节 实质的罪过概念之提倡	255
一、罪过在责任论中是评价性概念	255
二、罪过在犯罪论体系中是评价性概念	260
三、罪过在我国刑法学中是一个实质的概念	262
第六章 过失危险犯	271
第一节 过失危险犯的基本理论	272
一、危险犯概念简介	272
二、过失危险犯的概念	274

三、是否存在对危险状态的过失	277
四、应否区分哲学和刑法意义上的危险状态	280
五、危险状态是否属于犯罪结果	282
第二节 过失危险行为应否入罪	285
一、否定过失危险行为入罪的理由	286
二、赞成过失危险行为入罪的理由	288
三、对以上观点的简要评析	290
第三节 应增设哪些过失危险犯	294
一、我国刑法中关于过失危险犯的立法例	294
二、增设过失危险犯时应注意的问题	297
三、增设过失危险犯的立法举例	301
第四节 风险刑法理论在交通肇事后杀人案例中的适用	303
一、传统刑法理论应对交通肇事后杀人案件的不足	305
二、风险刑法理论在肇事后杀人案例中具有相当的 合理性	307
三、简要小结	314
第七章 抽象危险犯	321
第一节 抽象危险犯的概念辨析	322
一、抽象危险犯的定义	322
二、抽象危险犯是行为犯还是结果犯	325
三、抽象的危险的概念	331
四、抽象危险与具体危险的关系	335

五、抽象的危险在犯罪论体系中的地位	337
第二节 应否增设抽象危险犯的争议	339
一、赞成增设抽象危险犯的理由	339
二、反对抽象危险犯的理由	342
三、对以上观点的简要评析	345
第三节 抽象危险犯中是否允许反证	349
一、不允许抽象危险犯反证的理由	351
二、允许抽象危险犯反证的理由	353
三、对以上观点的简要评析	355
主要参考文献	365
后记	378

引言

自德国社会学家乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)提出风险社会理论以来,这一理论已经获得世界各国许多学者的认同,“风险”也成为理解现代社会的一个重要概念,不同专业、不同领域的学者纷纷提出应对现代风险的治理对策。德国刑法学家乌尔斯·金德霍伊泽尔(Prof. Dr.Dres.h.c.Urs Kindhäuser)亦在其对风险社会的认知的基础上,正式提出安全刑法理论,认为现代刑法应当适当放弃罪责原则而采取“负责”原则,适当放弃法益侵害原则而采取规范违反原则,适当放弃个人利益保护以防卫社会安全,并在诸如药品、援助、经济、税收、公共福利、环境保护、对外经济、武器监管、恐怖主义、社会安宁、和平的内在氛围及自动化的数据处理,甚至传统的强奸犯罪等领域,运用安全刑法的全新理念,总之,应通过广泛禁止各种危险行为来保卫社会安全。

近年来,由于恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪、环境污染事件、毒奶粉事件、矿难、塌方、空难、高铁脱轨、交通事故、肇事后故意杀人等重大恶性案件的频繁发生,人民要求预防犯罪、严惩犯罪的呼声日益高涨。然而,面对越来越多的风险,面对急剧升高的犯罪率,面对溃败坍塌的社会道德,固守“法益侵害”原则、过分强调被告人权利保障的传统刑法,日益显示出其滞后性和陈腐性,在现代风险面前显得纤弱无力、裹足不前。理所当然地,以提前处罚、捍卫“规范”、保护社会为重心的

风险刑法理论,由于契合了我国当前社会现实的迫切需要,因而迅速引起我国刑法学者的高度重视。学者们在介绍、引进风险刑法理论的同时,往往会附和性地提出刑法价值观念变革、刑罚处罚前置、增设抽象危险犯和过失危险犯、引进保安处分等观点,希望刑法体现其积极、主动、刚强的一面,为预防和惩治犯罪、保护社会安全尽心尽力。

然而,由于存在社会基础不明、理论根基不稳、可能侵犯人权等缺陷,风险刑法理论自产生伊始,就受到传统刑法的猛烈批判。其中的是是非非,既有促进风险刑法和传统刑法创新与发展的功用,又使风险刑法存在的必要性备受怀疑。其实,与对待其他新生事物一样,对风险刑法也应采取一种兼收并蓄的包容态度,既鼓励其适当发展,又尽量限制其负面效应。在目前我国法治环境还不太理想的情况下,为了最大限度地保障无罪的人不被刑事追究,比较明智的做法,应是吸收风险刑法的合理内容,来发展、创新传统刑法理论。至于我国是否已经处于贝克所谓的风险社会,是否存在贝克所说的“风险”,其实对于我们有效运用刑法来应对、克服我国面临的风险影响不大,故没必要过分纠结。

尽管为了应对社会转型变迁中的现代风险,刑法应当与时俱进、适当更新,但却不宜采取激烈的兴废方式,而应采取悄无声息、渐进的方式,否则容易矫枉过正,引起社会动荡、浪费立法司法资源。因此,除了目前学者们提出的,诸如限制罪责原则的适用范围、限制个人人权保护、大范围增设抽象危险犯、过失危险犯、预备行为正犯化等较为激进的方式以外,应当还有其他更好的刑法创新方式,例如,应尽量通过理论创新而非立法创新的方式来达到保护社会安全的目的。实际上,只要我们正确理解责任主义和罪刑法定原则等近现代刑法基本理论,并辅之以少量刑法增修,就可以在传统刑法的理论框架内,较好地运用刑法来应对现代社会中的各种风险,达到保护社会安全的目的。这样做既有利于维护罪刑法定和责任主义,也有利于刑法理论的创新和发展,

还能及时、有力地应对现代危险,不失为一种比较可靠的途径。

在研究方法方面,首先,本书主要是结合我国刑事司法实践中与传统刑法理论不一致的众多案例,以及传统刑法内部不符合传统刑法基本原则和基本理论的理论来展开分析。例如,虽然通说认为,我国目前的责任理论是规范责任论,但实际上,由于作为规范责任论之内容的期待可能性和违法性认识的可能性,在我国犯罪构成理论及司法实践中处于可以忽略不计的地位,我国刑法实际上采取的是心理责任论。而心理责任论对故意和过失的认定,并不总是与行为人的实际心理相一致,而往往会根据定罪处罚的必要性与合理性,对行为人的罪过形式进行规范化、客观化的评价,司法实践及理论研究中故意心理过失化、重罪心理轻罪化、过失心理故意化等故意过失客观化的现象屡见不鲜。由此也可以看出,虽然我国刑法理论极力反对严格责任,但实践中往往会将过失心理认定为故意犯罪,这种过失心理故意化对犯罪人罪责程度的评价,甚至比严格责任还要严厉。其次,是比较研究及理论联系实际分析。例如,对于抽象危险犯范围的扩张,许多学者持谨慎、戒备态度。但是,从社会效果和法律效果来看,增设抽象危险犯明显利大于弊;国外许多知名教授也都认为,由于道路交通领域的抽象危险犯属于大量行为的类型,不应允许以危险不存在为由否认犯罪成立,否则将使立法确立行为规范、培养规范意识、预防法益侵害的目的落空。

虽然本书研究历经多年、时间充裕,且研究者百般努力、精益求精,然由于能力和水平有限,书中错误缺漏之处在所难免,恳请诸位专家、学者、读者多多批评指正,多提宝贵意见,联系邮箱:813784@sina.com。

第一章

风险与危险、风险社会理论

自德国著名社会学家乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)1986年出版《风险社会》一书以来,“风险”已成为理解和诠释社会变迁的一个关键性概念,“风险社会”也随之成为解释世界的全新范式。^[1]无疑,探讨风险刑法理论,亦有必要从风险理论和风险社会理论谈起。

第一节 风险与危险

在传统刑法理论中,只有“危险”概念,而无“风险”概念,但是在客观归责理论以及风险刑法理论提出之后,“风险”也成为风险刑法理论中一个非常重要的概念。那么,风险与危险有何区别与联系?这是探讨风险刑法理论问题所不可回避的问题。

一、什么是风险

在汉语里,风险主要是指某种危险或经济风险。据《现代汉语词典》解释:风险是指“可能发生的危险:担~|冒着~去搞试验。”该词典还收录了一个包含“风险”的词语——“风险资金”,指“投资者协助具有

专门科技知识而缺乏资金的人创业,并承担其失败风险而投入的资金,特点是甘冒风险而追求较高的投资回报。也叫创业资金。”^[2] 查找更权威的语言工具书《辞海》,竟然没有收录“风险”一词,却收录了“风险导向审计、风险机制、风险基金、风险型决策”等四个包含“风险”的词语。^[3] 查找权威的语源学工具书《辞源》,也没有收录“风险”一词。^[4] 不予收录的原因,可能是因为这些词太常见而没有必要收录,因为这两本工具书也未收录“危险”一词。

据学者考究,虽然目前学界普遍认为“风险”概念源自西方,“风险”一词也是 20 世纪初日语翻译英语“risk”后才传入中国的,但实际上,“风险”一词应非源自日语而是源自汉语,因为遍查日本《国语大辞典》以及 19 世纪和 20 世纪外国传教士编辑的《英华词典》,均不见“风险”一词;中文“风险”一词应当经历了由普通名词逐渐发展为经济术语的过程,其原因固然与西方资本入侵有千丝万缕的联系,但也有自己的发展轨迹,在《申报》中,就有许多现代意义上的“风险”的例证,标志着现代意义上“风险”概念的成熟,例如,该报 1898 年 10 月 10 日“本公司(上海火险公司)在香港立案,准为有限公司,故各股东之风险,照所得之股为限,存本共一百万。”^[5]

在英语中,“risk”具有“Hazard, danger; exposure to mischance or peril; to run a or the/one's risk”等含义,有灾难、危机、危险、暴露于灾难或危险之中、冒险等含义。^[6] 《布莱克法律辞典》中将“risk”解释为“(1) The uncertainty of a result, happening, or loss; the chance of injury, damage, or loss; esp., the existence and extent of the possibility of harm. (2) Liability for injury, damage, or loss if it occurs. (3) (Insurance) The chance or degree of probability of loss to the subject matter of an insurance policy (the insurer undertook the risk in exchange for a premium). (4) (Insurance) The amount that an