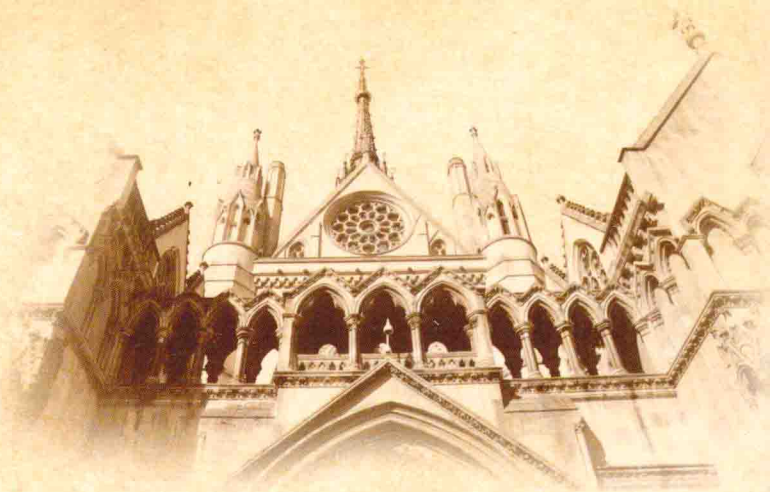




*The Basic Standpoint of
Risk Criminal Law*

风险刑法的基本立场

焦旭鹏 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

*The Basic Standpoint of
Risk Criminal Law*

风险刑法的基本立场

焦旭鹏 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

风险刑法的基本立场 / 焦旭鹏著. —北京:法律出版社, 2014. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6270 - 9

I. ①风… II. ①焦… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第066063号



风险刑法的基本立场
焦旭鹏 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 聂颖
责任编辑 聂颖
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 翟国磊

开本 A5
印张 11.25
字数 248千
版本 2014年7月第1版
印次 2014年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6270 - 9

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

自启蒙运动以来,刑法思想及刑法学的著述在某种程度上都可视为现代社会语境下的作品。当贝卡里亚吹响了反对封建刑法的号角之后,人们一直追随和捍卫着他留下的宝贵精神遗产。今天,无论在德国、日本还是中国,刑法学均擎起人权保障的大旗,以践行刑事法治理念为志业。当下的刑法学深刻浸染了一种现代风格,以封建社会为对立面的古典的工业社会语境似已成为不必再做整体检讨的学术论说共识。而德国社会学家乌尔里希·贝克等提出的风险社会理论改变了这种状况,它提供给我们一种观察刑法学语境的新的社会视野——风险社会与工业社会的区别是原则性的,并且以工业社会的自我颠覆为基底——刑法学认识问题的社会语境前所未有的不同了。

法律必须回应社会变化,作为规范学科的刑法学理应重视作为事实学科的社会学之最新研究成果。无视或否认社会语境的变化刚好将充当风险社会发展的腐殖土,那将使刑法学的

思考僵化地停留在现代刑法的阶段上裹足不前,并使风险刑法的必要性在未来表现得更加鲜明。重视这一变化并谨慎地加以思考的学术态度是值得称道的,中国刑法学者关于风险刑法的争议在很大程度上反映了这一点。尽管中国当下主要是古典现代化的问题,但风险社会的端倪已经初现,日益增加的公共风险事件成为公共舆论中心和立法议题,这正是风险的社会爆发之明确表征。现代刑法的价值取向、规范逻辑由此将受到检验,风险刑法的理念定位、制度构造有待审慎发现。社会语境的变化是否必然引发现代刑法的风险转向,这是一个悬而未决、众说纷纭的开放学术论题。

本书拟对此做出尝试性的回答,论述涉及社会学、法理学、刑法学三个层面。笔者以博士论文《风险刑法的基本立场》以及三篇后续研究论文向读者同仁报告自己的思考所得,还有的最新见解反映在与师长的学术讨论中(见刘仁文教授序)。三篇后续研究论文对博士论文有观点上的承继,也有论证上的深入,加上此后的见解,呈现一种点点滴滴累积的努力,但从主题及观点来看,它们应当被视为一个整体。

笔者对风险刑法持“肯定说”立场,认为作为与现代刑法相对应的一个制度与理论范畴,风险刑法应被相对独立地加以研究;但笔者同时也认为,不应去幻想以风险刑法颠覆现代刑法的宝贵传统,相反风险刑法在行为主义、刑法谦抑等诸多方面都是由现代刑法的思维所锻造的。在当下中国的特定语境中,现代刑法将长久地发挥作用,而风险刑法将是一个有益补充,风险刑法的正当性可以确立。要特别指出的是,没有一个风险刑法论者是反法治主义者,笔者发现的仅是,自由与安全的平衡难题已别无选择地交付给我们的时代与我们的人。

笔者在提交博士论文初稿之后,北京大学法学院的陈兴良教

授给出了具体的修改建议;在博士论文答辩时曾受益于中国人民大学法学院的黄京平教授,中国社会科学院法学研究所的邓子滨教授,以及北京大学法学院的郭自力教授、王世洲教授、赵国玲教授、王新教授;我的博士生导师郭自力教授命笔作序,博士后合作导师刘仁文教授与我交流见解、督促出版并慷慨作序;四川大学法学院魏东教授鼓励、支持本书的出版——对于各位师长的帮助和厚爱,在此一并致谢。

焦旭鹏

2014年4月6日谨识于

北京海淀富润家园

序一

《风险刑法的基本立场》一书,是一部严肃的学术著作,它总结了作者近些年来的研究,并且具有新的超越。

中国刑法学界对风险刑法的研究存在一些争议,很多学者对其持完全否定的态度,而越来越多的青年学者则坚持这方面的学术努力。令人遗憾的是,学界普遍对有关风险社会的基本文献利用、消化不够,造成一方面对风险刑法的很多批判建立在误解之上,另一方面风险刑法研究存在泛化倾向。尽管如此,既有的研究仍有十分重大的意义:风险刑法成为一个无法回避的学术论题,争点也日渐清晰。这对于深化这方面的研究大有裨益。

本书由焦旭鹏同名博士论文及三篇后续研究成果组成,它们尝试对风险刑法及其研究在中国语境下的正当性问题做出回答,展示了一种偏爱宏大叙事的学术风格。北大刑法博士点历来倡导学术研究要出思想,本书在竭力追随

这一学脉和传统。

本书细致述评了中国当前刑法学研究中有关风险刑法及其研究的“肯定说”、“否定说”及“折中说”之争,明确了风险刑法及其研究的正当性尚未解决这一核心问题。该文注意到从源自西方的风险社会理论到中国语境下的刑法学探讨存在社会语境、学科语境转换的问题,并尝试给出了作者自己的回答,这对于研究的进一步展开具有关键性意义。本书阐明了风险刑法的规范立场与理论立场以与现代刑法及其理论区别开来,探讨了风险刑法的刑法“风险”及应对之策,从正反两个方面进行了风险刑法及其研究的正当性证明。本书得出初步结论:在中国当前社会现实状况下,风险刑法及其研究具有正当性。

本书的创新之处主要体现在:较为系统地提出了根据当前中国现实的“中国风险社会观”;借助法律局限理论,揭示了风险刑法规范的发生机理;借助作为例外意义上典型事实的新恐怖主义犯罪,展示了现代刑法理论在犯罪观、责任观、刑罚观上所存在的困境,并相应阐明了风险刑法的理论立场;提出了解释风险刑法犯罪本质的“风险诱致说”,解释风险刑法责任根据的“社会保全责任论”以及解释风险刑法刑罚根据的“风险抗制论”;从规范与理论两个方面阐发了风险刑法的“风险”机理并提出了应对之策。本书对法理学知识的借鉴以及通过“寻找例外”以求创新的方法意识给人留下了深刻印象。

风险刑法研究涉及从社会学到刑法学的学科勾连,风险社会对法学研究所带来的变化,首先应该在法理学之一般层面有所反映,只有在厘清这一层面的理论问题之后,才好下降到刑法学层面再加讨论。这一问题在本书中虽有所触及,但还需深入展开。由

此焦旭鹏在本书附录的《论风险社会语境中的法治理念》一文中指出:工业社会语境中的经典法治理念有其特定内涵,但在风险社会的挑战下遭遇问题,有必要提出风险社会语境中的法治理念。他认为风险法治理念的确立对于风险法律的建构、政府角色的转换、政府管理方式的改善等具有重大意义。

对风险刑法研究的误解以及风险刑法研究的泛化倾向均与对风险社会理论理解不足有关,而现代刑法与风险刑法最大的区别就在于社会基础不同。由此,焦旭鹏与刘仁文教授合作,专门对此加以研究,写就《风险刑法的社会基础》一文。他们认为,厘清风险刑法的社会基础与现代刑法的社会基础之间所存在的原则性差异是把握风险刑法真义的重要认识起点。

当前刑法学界风险刑法争议各方均认可对作为乌尔里希·贝克之风险社会理论基础的自反性现代化理论认识不足是风险刑法研究的一大缺憾,但自反性现代化的刑法意义如何鲜有探讨。由此焦旭鹏专门写就《自反性现代化的刑法意义》一文,阐述了自反性现代化在刑法的社会基础、刑法任务、刑法价值取向等方面的重要意义,倡导风险刑法研究的知识路径要优先选择从宏观社会学到理论刑法学。这样的学术见解是富有启发性的,其探索精神尤其值得肯定。

总而言之,焦旭鹏的著作生动而富有感情,从头到尾一气呵成,而且提出的问题十分尖锐。他全面考察了风险刑法的研究方向,议论既公允又力求清晰,有很强的逻辑性和说服力,字里行间处处流露着作者对学术研究的深厚感情,令人印象深刻。在涉及不同观点时,作者采取谨慎而尊重的态度,并对自己的主张进行耐心而深入细致的解释。尽管他提到的问题并不一定都能轻而易举

地获得解决,但至少希望人们能认识到存在这些问题。你可以不同意他的某些观点,但几乎没有人会对他的议论感到乏味和厌烦,相信读者一定会从这部专业性很强的学术著作中获取某些有益的东西或受到某种启发。

A handwritten signature in black ink, consisting of the characters '郭自力' (Guo Zili) in a cursive, flowing style.

于北京大学蓝旗营

2014年3月20日

序二

2009年8月,我应邀到北京大学担任“首都法学博士生论坛”点评人,就刑法单元的一篇论文《刑法在社会中的角色》进行点评。这篇论文的作者是时为北京大学刑法学博士生的焦旭鹏。由于组委会事先把论文发送到了我的邮箱,因此我得以提前做些功课。该文是对法国著名社会学家涂尔干(迪尔凯姆)的刑法思想的解读与反思,后来发表于《中外法学》。我在对该文给予高度评价的同时,也提出了几点与作者商榷的意见,其中印象最深的一点就是对于风险刑法的态度。当时,焦旭鹏在文章中对清华大学劳东燕博士关于风险社会的刑法危机的观点十分欣赏,但我提出,把西方学者关于风险社会的刑法危机移植到中国来,需要慎重,那种认为传统意义上强调以权利保障为导向的刑法观不能适应当代中国这样一个风险社会的观点,值得警惕。因为在当下中国,权利保障仍然应当是第一位的,如果刑法的权利保障的目标还没有实现,就强调用刑法来预防风险,反倒是

为人权保障埋下了巨大的隐患。西方社会早已实现了刑法的权利保障目标,现在根据恐怖主义等新的社会形势,作一些矫枉过正的反思,是可以的。但我们当下的语境完全不一样,中国刑法的当务之急还是要实现转型正义,实现权利保障的基本目标。

自此之后,我与旭鹏建立了联系。无论他在北大求学,还是负笈莫斯科大学,均时有电子邮件往来。2012年,他博士毕业时,申请到社科院法学所做博士后,并顺利通过了考评小组的面试。我作为他的合作导师,从此与他有了进一步的接触,对他有了更多的了解。

旭鹏在法学所做博士后的同时,还受所里的安排,在法律硕士管理办公室上班。这样他就需经常奔波于法学所和社科院研究生院之间。法学所每周二是返所日,为了能在返所日和我多些交流,旭鹏总是与法学系的领导和同事商量,尽量把每周二的值班时间安排在法学所这边。每当这时,我俩就常利用中午的休息时间到旁边的景山公园边散步边聊天。这种聊天对我们俩都是一种享受,颇有点钱钟书论及做学问的那种味道:“大抵学问是荒江野老屋中,二三素心人商量培养之事”。

旭鹏的博士论文题为“风险刑法的基本立场”,他入站后首先着手做的一项工作即是把它扩充成书。因此,在我们的聊天中,有很长一段时间都围绕着这一主题展开。旭鹏对风险刑法是持肯定立场的,他的这一主张有不少事实描述作支撑,而我则对风险刑法的提法有一种天然的警惕,这大概和我在法学研究中重价值选择的特点有关。当然,随着我们讨论的深入,我发现我对风险刑法的某些担心,旭鹏也注意到了,正因此,他在本书中还比较深入地探讨了风险刑法的风险及其化解问题,对于在风险社会、风险刑法名义下展开的泛化研究尤其不以为然,认为无论是反对还是支持风

险刑法,这样的研究很可能回避真正的问题。

旭鹏很注意跟踪风险刑法领域一些新的研究成果并有自己独立的见解。在一次散步中,他提到《法学研究》上南连伟的一篇文章《风险刑法理论的批判与反思》,认为尽管该文对风险刑法研究泛化的批判有可取之处,但由于作者未能很好地把握风险社会理论与刑法学研究之间的关联,所以这篇文章整体上陷入“批判有余、建设不足”的境地。在他看来,该文提出的风险特征和刑法本质存在的基本对立恐难成立,作者之所以会认为风险的全球性与刑法的国内性、风险的双面性与刑法的单一性、风险的合法性与刑法的违法性、风险的反科学性与刑法的科学性之间存在矛盾,是因为他曲解了风险的真实含义,并仍把刑法放在古典工业社会语境来理解。我觉得旭鹏说得有些道理,至少是能成一家之言,于是鼓励他写出商榷文章来。他后来果真写出了一篇近3万字的长文《自反性现代化的刑法意义》,发表在《政治与法律》上。

又有一次,我们讨论到陈兴良教授发表在《中外法学》上的一篇论文《风险刑法理论的法教义学批判》。旭鹏跟我娓娓道来,说陈老师文章虽然在自己的论证逻辑里显得很有说服力,不过在他看来,却仍然有可探讨之处。陈兴良教授认为,风险社会的风险与风险刑法的风险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。旭鹏不同意这种见解,他说可以用如下反例和反论来与陈老师商榷:反例是恐怖主义被风险社会理论的倡导者乌尔里希·贝克理解为风险社会的风险,显然刑法介入并无问题;反论是风险社会的风险不限于技术风险,即使是技

术风险,虽可以事故型风险与之加以区隔,其社会学视野中的区分标准也不能直接作为刑法学上的标准加以适用,不能依此标准来断定刑法无法介入。在他看来,社会学者从社会何以可能的角度进行观察,关注的是风险的社会意义;刑法学者从规则何以可能的角度观察,更关注风险的规范意义。技术风险在发生时间、规模、概率等方面是不可预知、不可控制的,乃至无法纳入保险公司承保的范围,但这并不妨碍风险诱致行为本身可能被确认、被类型化,并继而对其进行规范化处理。并非所有技术风险都可由刑法介入,但刑法介入技术风险并无问题。陈兴良教授是旭鹏在北大的老师,旭鹏来法学所申请做博士后时,陈教授还写了热情洋溢的推荐信,我知道他对他的老师敬仰有加,但在这个问题上,我再一次感受到了他独立思考的能力和“吾爱吾师,吾更爱真理”的学术品质。

受旭鹏的影响,加之我近年来在从事一项反恐刑事立法的研究,因此对于在面对恐怖主义这种威胁时刑法提前介入持更为理解的态度,即不等实害发生,刑法就对筹组恐怖组织、为恐怖组织宣传理念、为恐怖分子提供资源或住宿、提供恐怖行动之融资等行为进行规制。这也可以说是我近年来对风险刑法观的一种妥协。但即便如此,我仍然只同意把风险刑法作为传统刑法体系下的一种极其严格的例外来加以处理。旭鹏显然并不满足于于此,在他看来,中国当下面临的虽然主要还是现代社会的问题,但风险社会的侧面业已出现,仅就风险社会语境下的观察而言,风险刑法反映出了与现代刑法不同的普遍性问题。虽然我迄今仍对他的这一判断持保留态度,但由于我知道他对这个问题的文献研究和持续思考确实是下了功夫的,所以不敢大意,决心把我们对这个问题的讨论深入下去。

前不久,我应台湾大学陈志龙教授邀请,赴台参加一个“刑法

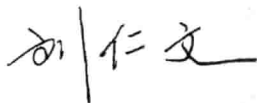
前置机制”的研讨会。我与旭鹏商量,两人合作一篇风险刑法方面的论文去参会。在这篇名为“风险刑法的社会基础”的论文的写作过程中,我们互相切磋,反复互动。他给予我多方面的启发,例如,他把平时我们通用的“反思性现代化”改成了“自反性现代化”。我原以为“反思性现代化”已经约定俗成,而且更加通俗易懂,但经过旭鹏的解释,我最后同意改用“自反性现代化”的提法。我们的基本理由是:古典现代化并不是因其失败而走向自反性现代化,恰恰是因其巨大的成功而颠覆了自身,套用孟德斯鸠的一句话,正所谓“制度毁于其自身的成功”。又如,我在论文的某处使用了“预防性刑法”的提法,即将刑法介入的时间前置,从处罚结果犯提前至处罚危险犯、从处罚既遂犯提前至处罚预备犯,但旭鹏指出,“预防性刑法”的提法对风险社会而言还是不够的,因为它只着眼于风险控制,而没有涵盖风险分配。我深以为然,但遗憾的是,当时对此还来不及展开,所以只加了个注释予以说明。当然,旭鹏也承认,通过这次合作,他也受到了我的一些启发,例如,我主张作为一篇刑法论文,不能太“形而上”,而要作适当的“形而下”处理,据此,我们在论文中增加了一些立法例,来说明伴随着风险社会的出现,中国的刑事立法确实出现了某些风险刑法的迹象。以食品安全犯罪为例,从1982年的全部结果犯规定,到1993年部分罪名的去结果犯,再到1997年进一步把生产、销售不符合卫生标准的食品罪也由结果犯改成危险犯,直至2011年《刑法修正案(八)》把生产、销售假药罪由原来的危险犯改成行为犯,刑法介入的时间不断提前。再以恐怖主义犯罪为例,1997年中国修订刑法典时,鉴于“有些地方已经出现有组织进行恐怖活动的犯罪”,专门规定了“组织、领导、参加恐怖组织罪”,这体现了立法者对恐怖活动犯罪所将造成的巨大危害的高度重视,因而将刑法介入的时间

提前到实际犯罪行为尚未发生阶段,即只要旨在从事恐怖犯罪的组织一出现即可由刑法介入;到2001年美国“9·11”事件后,我国立法机关又出台了《刑法修正案(三)》,提高了组织、领导恐怖活动组织的刑罚,增设“资助恐怖活动罪”等;再到2011年《刑法修正案(八)》,将从事恐怖犯罪者作为特别累犯来加以规定,并对其限制减刑。此外,《刑法修正案(八)》在增设危险驾驶罪、降低环境污染犯罪的入罪门槛等方面的规定都可以被视为风险社会的刑法产物。

作为这篇文章的结论,我和旭鹏互有让步,最后一致同意,在中国目前的语境里,将自由作为刑法第一位阶的价值仍然是妥当的,但面对局部风险社会的到来,局部风险刑法的出现也成为我们无法回避的事实。对于恐怖主义等新型、复杂的危险,刑法干预适当前置可以在宪政和法治的范围内获得其正当性;在确有必要的情况下,自由为安全适当让步也是可以接受的。不过,鉴于中国刑法还面临从国权刑法向民权刑法转变的任务,因此我们必须警惕风险刑法对人权保障所带来的风险,在维护安全和保障自由两大利益之间进行谨慎权衡。无论如何,有些底线是必须坚守的,如刑事立法不能偏离理性立场而屈从于某种情绪,刑法作为其他部门法的保障法性质不能放弃等。

“怀之专一,鬼神可通”,旭鹏是一个有学术韧劲的人,他喜欢围绕一个主题作精雕细琢式的打磨,不为外物所动。我相信,凭他的灵性和勤奋,只要一路耕耘下去,一定会有该有的收获。

是为序。



甲午初春于北京西郊寓所

目 录

引 言 1

第一章 现有研究述评 6

第一节 “肯定说”主张述评 12

第二节 “否定说”主张述评 19

第三节 “折中说”主张述评 31

第四节 小结 38

第二章 风险刑法的社会观立场 42

第一节 风险社会的理论面孔 43

第二节 中国风险社会观的基本立场 54

第三节 风险刑法的社会角色 65

第四节 小结 78

第三章 风险刑法的规范立场 80

第一节 风险刑法的基本内涵 81

第二节 风险刑法的发生机理 86

第三节 风险刑法的存在方式 92

第四节 小结 104