



Risk Criminal Law
Research centered on Potential Damage Offence

郝艳兵 著

风险刑法

以危险犯为中心的展开



中国政法大学出版社



作者简介

郝艳兵 男，1983年出生，河南济源人。2001年9月至2005年7月就读于北京理工大学人文社会科学院法律系，获法学学士学位；2006年9月至2008年7月就读于中国人民大学法学院刑法专业，获刑法学硕士学位；2008年9月至2011年7月就读于中国人民大学法学院刑法专业，获刑法学博士学位。期间于2010年8月至2010年11月，应德国曼海姆大学库伦教授邀请，到曼海姆大学做访问学者。现任教于西南政法大学应用法学院。曾在《中国刑事法杂志》、《法制日报》等期刊上发表学术论文数篇，主持或参与多项省部级课题。主要研究方向为中国刑法学、比较刑法学。



Risk Criminal Law
Research centered on Potential Damage Offence

风险刑法

以危险犯为中心的展开

郝艳兵 著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

风险刑法:以危险犯为中心的展开 / 郝艳兵著. — 北京:中国政法大学出版社, 2012.6

ISBN 978-7-5620-4330-0

I. 风… II. 郝… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第103575号

- | | |
|------|--|
| 书 名 | 风险刑法:以危险犯为中心的展开
FENGXIAN XINGFA:YI WEIXIANFAN WEI ZHONGXIN DE ZHANKAI |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
http://www.cuplpress.com (网络实名:中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880mm×1230mm 32开本 10.875印张 280千字 |
| 版 本 | 2012年7月第1版 2012年7月第1次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-4330-0/D·4290 |
| 定 价 | 36.00元 |
| 声 明 | 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题,由印刷厂负责退换。 |

序

当前，随着科学技术的快速发展和全球化的急剧扩张，人类社会正经历着一场深刻的变革。在这场变革中，诸如核电危机凸显、恶性交通安全事故频发、SARS 病毒肆虐等新型社会风险急剧增多。可以说随着科技发展，部分特殊行业所蕴含的风险，已经渗透到了社会的方方面面，达到了前所未有的高度。但在另一方面，这些特殊行业的产生和发展又是生产力进步的必然结果，与可能产生的危害后果相比，其带来社会效益更大、积极意义更显著。要保持人类社会的安全稳定和持续发展，不能对这些存在风险的行业一禁了之，而是需要综合运用技术、道德、法律等各种手段，增强安全保障措施、明确从业人员的审慎义务、严格规制风险行为、积极提高对风险结果的预见，将风险整体控制在安全范围之内。

刑法作为维持社会秩序的有力工具，在风险社会中自然会成为国家管控风险、保障公众安全的重要手段。但是当传统刑法面对现代社会的诸种风险时，无论是反应速度、反应方式还是对公众的保护力度，都显现出相对的滞后与乏力。需要对传统刑法理论中刑法的功能定位、责任原则、违法性依据等内容进行反思和调整，实现刑法在风险社会里有效管控风险、提前保护法益、加强一般预防的目的。然而由于刑罚的严酷性，如果滥用刑法对风险进行管控，过度限制人类社会发展中必须承受且能够承受的“允许的风险”，可能会侵犯到公民的个人权利，最终阻碍生产力的发展和社会的进步，使这种管控本身成为风险社会不可预测的风险之一。所以，研究刑法在风险社会

中如何扮演恰当的角色，如何实现自由与安全的价值平衡，如何协调保障人权与保护社会之间的矛盾，就成为刑法理论所面临的具有现实意义和一定紧迫性的课题。

风险刑法正是由此应运而生，以期解决风险社会人类所面临的风险管控问题。这一理论是在二十世纪末风险社会理论广为传播的背景下，受功能主义与规范主义刑法理论思潮的影响，产生的新型刑法理论范式。近年来，德国、日本等大陆法系刑法学者已有不少关于“风险社会与刑法”的论著，但在我国系统地探讨风险刑法的学术专著尚付之阙如。郝艳兵博士《风险刑法：以危险犯为中心的展开》一书的出版，正是我国刑法理论界在这一领域的一次有益尝试。

本书从风险社会的背景出发，深入探究了风险刑法及其典型代表——危险犯的理论内涵。作者主要讨论了以下几方面问题：风险社会是否需要一种新的刑法范式即风险刑法；传统刑法是否缺乏适应风险社会管控风险需求的内部理论资源；风险刑法与传统刑法的实质差异；风险刑法的具体表现形式；风险刑法视阈中的危险犯与传统危险犯理论的区别；风险刑法理论对危险犯理论可能产生的影响，等等。

在具体内容上，本书主要有以下几方面的研究成果：

第一，对风险刑法的基本特征进行了概括归纳。系统阐释了风险刑法的基本范式、基本立场、基本载体等问题，总结了风险刑法不同于传统刑法（法益刑法）的几项主要特征：一是风险刑法的范式调整体现了刑法基本立场的调整，即从强调结果不法的结果无价值转向强调行为不法的行为无价值论；二是风险刑法关注的重点从侵害犯转向危险犯；三是风险刑法的归责呈现出客观化、功能化的倾向。

第二，对危险犯理论进行了深入解析。作者研究了“危险”这一概念在刑法体系中的重要地位，阐述了其在决定行为的可罚性范围、支撑可罚行为的违法性依据等方面具有的重要作用。还在评述德日刑法理论关于危险犯各种学说的基础上，结合立

法例提出从危险、具体危险性、抽象危险性（风险）三元划分来界定和解释危险犯的构成要件类型，以及针对不同构成要件类型适用的不同危险判断标准的观点。

第三，对判断具体危险和抽象危险的理论标准进行了探讨。对具体危险，作者提出从两阶段来判断：第一阶段从存在论的角度，在经验法则下，判断具体危险是否成立；第二阶段从规范论的角度，在因果法则下，认定危险结果是否发生。对抽象危险的判断，作者认为只要符合刑法规范上设定的与风险界限有关的构成要件，即可表明抽象危险的存在，并对个案中如何节制抽象危险犯可罚性的不当扩张进行了探讨。

当然由于本书研究内容的涵盖面广、所涉理论相对艰深，作者对风险刑法的整体把握还欠缺精准，对风险刑法面临的各种质疑也未能彻底回应。另外，作者关于危险犯与侵害犯仅仅是犯罪类型的划分，与犯罪既遂形态无必然联系的观点，是否妥当？关于风险业务行为形成的危险犯之主观罪过形式等问题，还需要进一步思考论证。

郝艳兵博士《风险刑法：以危险犯为中心的展开》一书是由其博士学位论文修改而成的。他入学不久即选择了这一研究方向，显示出其对于理论前沿问题的敏锐洞察和挑战理论难点的学术勇气，而最终的研究成果也反映出其较深的理论功底和较高的科研水平。希望郝艳兵博士在今后的工作中能够继续保持对学术的追求，加强对实务的关注，形成更多的研究成果，为中国刑事法治事业的进步做出应有的贡献。

是为序！

姜伟

2012年6月19日

□□□□□ 目 录

序	1
导 论	1
0.1 问题的提出	1
0.2 风险刑法的源流	7
0.3 主观主义与客观主义的对立与消解	15
第 1 章 风险社会的图景展开	23
1.1 风险社会的基本理论	23
1.1.1 风险社会理论概述	23
1.1.2 风险社会的风险特征	27
1.1.3 风险社会的风险成因	31
1.1.4 风险社会的风险处置策略	39
1.2 当代中国社会的风险图景	48
1.3 风险社会的价值定位：自由与安全的角力	52
1.3.1 自由价值	53
1.3.2 安全价值	57
1.3.3 风险社会中的正义价值：自由与安全的 二律背反	59
1.3.4 风险社会的责任伦理观	63

1.4	与刑法相关联的风险	69
1.4.1	风险概念的界定	69
1.4.2	风险与相关概念的区分	74
1.4.3	作为刑法调整对象的风险	82
第2章 风险刑法的基本理论图式		88
2.1	风险社会对传统刑法的影响	88
2.1.1	法益理论的嬗变	89
2.1.2	刑法机能的转换	98
2.1.3	归责原则的重构	102
2.2	风险刑法的基本范式	112
2.2.1	风险概念的规范化	114
2.2.2	风险刑法的不法本质：不法的主观化	115
2.2.3	风险刑法的罪责基础：罪责的功能化和 客观化	122
2.2.4	风险刑法的刑罚论根据：积极的一般预防	135
2.3	风险刑法的基本立场选择	145
2.3.1	犯罪本质之争：法益侵害 or 规范违反	146
2.3.2	法益论的困境及消解	151
2.3.3	风险刑法的立场定位	163
2.4	风险刑法的基本载体	166
2.4.1	风险刑法典范之一：危险犯	168
2.4.2	风险刑法典范之二：风险犯	170
第3章 危险犯的教义学研究		174
3.1	刑法中的危险概念	174
3.1.1	危险概念的意义	174
3.1.2	危险概念的内涵	175
3.1.3	危险类型的划分	177

3.2 危险犯及其与相关概念的界分	195
3.2.1 危险犯的概念	195
3.2.2 危险犯与形式犯、实质犯	208
3.2.3 危险犯·侵害犯与行为犯·结果犯	211
3.3 具体危险犯的构造及其危险判断	224
3.3.1 具体危险犯的构造	224
3.3.2 具体危险的判断	233
3.4 抽象危险犯的构造及其危险判断标准	246
3.4.1 抽象危险犯的构造	246
3.4.2 抽象危险的判断	249
3.5 现代社会危险犯的新类型	263
3.5.1 适格犯	264
3.5.2 累积犯	267
3.5.3 预备犯	270
 第4章 风险社会下危险犯的扩张	 273
4.1 危险犯扩张的必要性	273
4.2 危险犯扩张的热点领域探讨	277
4.2.1 环境犯罪领域危险犯罪构成的适用	277
4.2.2 交通犯罪领域危险犯罪构成的适用	284
4.2.3 产品责任领域危险犯罪构成的适用	300
 参考文献	 315
 后 记	 331



导 论

0.1 问题的提出

每个时代的谜语是容易找到的。这些谜语都是该时代的迫切问题，如果说在答案中个人的意图和见识起着很大作用，因此，需要用老练的眼光才能区别什么属于个人，什么属于时代，那么相反，问题却是公开的、无所顾忌的、支配一切个人的时代之声。问题是时代的格言，是表现时代自己内心状态的最实际的呼声。

——摘自《马克思恩格斯全集》第1卷

发展，在其本真的意义上说，是指人类自身及其所处的社会的特殊存在方式，亦即通过社会的发展最终促进人类自身发展的一种存在方式。发展的核心范畴是标准与选择问题，这是当代人类在经济全球化和科技化浪潮的席卷之下所面临的重大理论问题和实践问题。社会科学作为社会的自我认知，必须关注当前时代的最为重大的现实问题，这是社会科学应当承担的历史使命。伴随着现代化风险的凸显，社会科学愈发依赖于将自然科学的研究成果作为自身研究的批判性和规范性的前提，专业自主性的理想变得破碎。作为社会科学分支的法学也概莫能外。法学理论的研究离不开其所依存的时代背景和社会环境，只有把整个社会及其变迁作为研究对象进而反思并解决所面临

的一系列“现代性问题”才有可能做出其独特的理论贡献。正如有学者所正确认识到的那样，刑法理论的创立及其嬗变，固然离不开对刑法规范本身进行的体系化、精细化的研究，同时也离不开对所处社会的深思熟虑，离不开对身处社会的价值的思考，刑法原理不过是将这种思考得出的价值选择转化为刑法的规范语言而已。离开了对社会价值选择向度上的独立思考，就只能跟在别人基于这种思考不断提出的规范刑法原理后面，不断地进行引介性的工作。^{〔1〕} 本书认为，问题的思考是研究的起点，体系的思考是研究的升华，问题的解决是研究的归结，体系的思考应当始终以问题为导向，最终以问题的解决作为衡量体系是否完善的标准。基于此，本书尝试以当下风险社会的现实语境对刑法理论的影响作为问题意识，关注其可能带来的刑法理论的变迁。

20 世纪以来，随着科学技术的快速发展和全球化的急剧扩张，人类社会经历了一场根本性的变革。在这个变革过程中，产生了各种各样的危险，风险正日益成为现代社会的主要特征。从核危机到恐怖主义、从环境恶化到资源紧张、从传染病肆虐到食品药品安全隐患、从全球金融危机到社会信用失范、从重大事故频发到精神焦虑扭曲的蔓延，无不让人感受到这个时代所正在经受的风险的严峻性和复杂性。1986 年，德国社会学家乌尔里希·贝克在其著作《风险社会：迈向一种新的现代性》一书中首次提出“风险社会”（Risk Society）的概念，其后又出版了《世界风险社会》一书，形成了关于风险社会理论的基本框架。风险社会理论甫经提出便迅速成为学术界讨论的热门话题，并很快引起了刑法学界对这一问题的关注。随着风险社会的凸显，社会治理与控制手段也不断发生变迁。就犯罪以及社会反应方式领域而言，犯罪率不断攀升，重大恶性刑事案件不

〔1〕 参见许发民：“风险社会的价值选择与客观归责论”，载《甘肃政法学院学报》2008 年第 5 期。

断涌现,网络犯罪、毒品犯罪、恐怖主义犯罪以及有组织犯罪等诸多新的犯罪样态不断涌现,传统刑法的反应速度、反应方式以及对公众的保护程度都显得苍白无力。作为社会秩序的最有力的保护者,刑法理当对此做出适当的回应。因而,研究如何应对风险社会,发挥刑法“保护公众安全”的功能是各国刑法理论所面临的具有极强现实意义的课题。作为一个处于高速发展和社会转型过程之中的大国,前现代、现代和后现代的社会结构特征在当下的中国交织存在,使得我国面临的风险管理任务更加艰巨。近年来发生的一系列事件,如非典事件、煤矿溃坝事件、毒奶粉事件、重大交通事故以及近来接二连三发生的砍杀幼童事件等,无不彰显了风险社会其实离中国并不遥远。在风险社会里,充分考虑法律的预防性观点是必然的,然而无条件地依据刑法控制和管理危险却又是很危险的,有以国家和公共安全之名行侵犯人权之实的隐忧。现代刑法面临一项新的难题:如何调整或管理——而不是绝对地禁止——具有法益侵害风险的日常行为,使之既不过多限制个人的自由,同时又不至于让他人承担不正当的风险。由此,管理不安全性成为风险社会中刑法的重要任务。作为一个拥有着几千年漫长封建社会历史的国家,封建传统观念的遗毒仍然深刻影响着我国当前的法治实践,现代刑事法治所极力倡导的人权保障理念尚未充分确立起来,因而必须对公权力的扩张慎之又慎。正如有学者所言:“刑法顺应时代的变迁,对风险社会提出的新需求以其价值重心的转变作为回应是应该的,但是我们必须谨慎前行,以避免带来一个新的制度风险——风险社会的刑法危险。尤其是我国,总体上是非常缺乏自由传统的。这种国情造就了我自由保障的重要性,应该审慎对待刑法价值重心的转变,不能盲目追求风险的应对而摧毁自由。”^{〔1〕}在刑法积极扩张的情况下,

〔1〕 龙敏:“秩序与自由的碰撞——论风险社会刑法的价值冲突与协调”,载《甘肃政法学院学报》2010年第5期。

有必要质问：国家扩大刑罚适用范围的正当根据何在？如何有效限制刑法调控风险的范围，以免造成对公民社会生活的过度干涉？刑法理论必须对此给出明确合理的回答。如何调整刑法对风险的反应灵敏度以及使用刑法来塑造社会生活，在中国特色的语境下就成为一个极具现实意义同时又有别于其他国家的重大问题。

传统罪责刑法在面对风险社会所不断产生的风险时开始显得捉襟见肘：

第一，传统刑法中的法益范畴难以涵盖风险社会中出现的新的法益类型。传统刑法中的法益往往限定于和个人有关的、具体的、现实的利益，能够具体地加以认识和感知，属于一种具体化、物质化和个人化的范畴。即便是国家法益和社会法益，也往往能够归结到保护个人利益的必要手段之上。而现今风险社会出现的法益则向抽象化的普遍法益发展。这种功能化的法益超越了个人法益的范畴，大量内容多少有些模糊不清的抽象法益被引入到刑法的保护范围，作为刑事处罚的对象。如在环境刑法中，环境污染行为所损害的对象既不局限于个人法益，也不局限于传统意义上不特定多数人的法益，而是可能同时包括未来世代的法益（后代的生存空间）。这显然是传统刑法主张的法益论所难以解释的。在刑事立法上生态系统、生命伦理、经济制度等普遍法益的大量出现，使得法益论陷入了维系自身理论内核和机能的困境。一方面，法益规制犯罪成立范围的机能弱化，另一方面也难以以为现阶段立法上出现的法益保护的前置化现象提供合理的解释。

第二，以实害犯构成要件为中心的传统刑法导致对法益的保护显得过于滞后。以实害犯为中心的传统刑法强调行为必须给法益造成了实际损害方可构成犯罪，只是在例外的情况下才通过处罚未遂犯或者设立危险犯作为刑法保护前置化的类型。在风险社会的语境下，如果坐视危险行为导致危害结果的发生，始才动用刑罚手段对此加以制裁，往往会造成不可估量的损害

后果,这种损害后果也很难通过惩罚或赔偿予以弥补。因而,在特定的情况下,对某些具有危险性的行为施以非依罪责的反应就是非常必要的,刑罚不待侵害结果或者具体危险出现就及时介入,避免了损害结果的发生。这是由风险社会对刑法调控风险的需要决定的。传统刑法虽然也例外地处罚实害犯的未遂或者预备,但是一方面,处罚未遂或者预备在许多国家都是刑法有明文规定时才可进行,由于其并非独立的构成要件,因而在法益保护上往往显得不够周延。某些预备、未遂性质的行为虽然具有危险性,但由于尚不构成对构成要件所要保护法益的直接的现实的侵害,因而在许多情况下很难称得上具备构成要件的定型化,因而往往不受处罚。另一方面,要处罚实害犯的未遂,必须能够证明行为人有侵害的故意。对于没有侵害故意,或者不能证明有侵害故意的行为,无法以实害的未遂加以处罚。对于那些虽然对实害结果的发生不具有故意,但却对危险行为的实施却至少具有放任故意的行为,依照现行的实害犯为中心的刑法体系更是难以处理,而此类行为在危害性上并不一定比故意犯罪轻。基于上述原因,许多国家纷纷在立法上将某些具有预备、未遂性质的行为规定为独立的犯罪构成类型。

第三,传统刑法的归责原则在风险社会的语境下面临着失效的尴尬。传统刑法的归责理论是建立在因果关系的基础上的,行为人的行为与损害结果具有因果关系,行为人方对所发生的损害结果承担刑事责任。在风险社会中,现代化风险形成有害影响的途径具有不稳定性和不可预测性,危险或者损害的造成往往是由诸多复杂因素引发的。在风险结果及其破坏程度无法推算以及因果法则难以具体认定时,就会导致责任承担主体的模糊和缺位,没有人真正为风险灾难承担他应当承担的责任。这种情况反映了传统刑法归责原则在控制风险上所面临的制度性失效的困境。走出这一困境的出路在于在某些领域放弃因果归责,采纳纯粹的行为归责,确立规范性的责任分配原则。

第四,风险社会中的危害结果有时候难以认定。诸如核风

险、化学物质风险、基因工程风险、生态灾难风险、网络安全风险等所造成的风险后果很难被计算和认定，其可能引发的危害往往超出了人类当前的认识能力。而传统刑法强调犯罪的本质是法益侵害，这种侵害一般要求具有现实的、能够加以认定的损害后果。这种理论要求和实际认定之间的矛盾使得在某些情况下放弃对实害结果的要求，改设独立的危险犯构成要件成为立法者的当然选择。在环境犯罪中，环境污染的后果往往不是由个别污染行为所造成的，而是由多个污染行为反复实施所共同引起的。对于此类行为的规制，如果要求实害结果的出现作为刑罚权发动的条件，势必导致因果关系认定的困难。

第五，传统刑法责任主义所强调的个人责任原则使得责任的主体只限于个人，而无法涵盖风险社会中风险及其后果的主要制造者——各种组织。传统刑法强调刑事责任是个人责任，反对团体责任，行为人只对其自由意志支配下的具有非难可能性的行为承担个人罪责。然而，在劳动分工日益发达的现代社会，法人组织在社会系统中发挥着愈来愈重要的作用。其在提升人类文明、造福人类社会的同时，也带来了一系列的社会风险。如果仍然固守个人责任原则，则无法遏制日益严重的法人违法行为对人类生活秩序的破坏。因此，全新的责任形式即代理责任、法人责任以及规制这种代理责任与法人责任的“社团刑法”（Verbandsstrafrecht）逐渐登上了现代刑法的舞台。^{〔1〕}

上述传统刑法理论所遭遇的困境本质上根植于风险社会的语境及其所决定的公共政策和风险控制的现实需要。在这个刑法学发展的节点上，是固守古典刑法的镜像，拒绝通过刑法处理风险社会高度复杂的风险状况，而试图通过其他民事的、行政的法律手段调控风险，还是承认以刑法手段调控风险的必要性，进而努力寻求传统刑法理论的变革，通过对传统刑法理论的适当突破以完成刑法本身的自我调适呢？

〔1〕 梁根林：“责任主义原则及其例外”，载《清华法学》2009年第2期。

0.2 风险刑法的源流

近年来,德国、日本等大陆法系国家有不少学者纷纷以“风险社会与刑法”为论题出版了专著和论文。1993年,德国教授普里特维茨(Prittitz)在题为《刑法与风险:风险社会中刑法和刑事政策的危机研究》的著作中首次以专著的形式对“刑法与风险”的议题进行了细致的梳理和讨论。其贡献在于把相互分散的研究整合在一起并讨论了“风险社会”和“风险刑法”这两个概念在刑法上的意义问题。“风险刑法(Risikostrafrecht)”概念自此频频见于德日刑法学者的讨论中。不过,在罪责刑法与风险刑法的问题上,德日刑法学界目前仍处于激烈的争论状态中,这一争论将伴随着生存与发展的时代主题而延续下去。在面对风险社会所遭遇的新类型风险(如核泄漏、化学污染、基因科技带来的风险、网络犯罪等)时,关于刑法应不应当介入、介入的程度如何,在德国刑法学界大体存在着三种主张,即功能主义者、法兰克福学派以及折中论者各自提出的解决方案。第一种观点主张发展一种功能性的刑法,在对传统法益理论和归责原则进行突破的基础之上,建立一种防御性刑法,充分利用刑法作为抗制风险的利器。另外一种观点与此针锋相对,认为在利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。^[1] 法兰克福学派(Frankfurter Schule)则走向了另一个极端,该学派反对通过一种预防性的刑法来与现代社会的问题作斗争,认为在这些领域中使用刑法干涉,就必须以牺牲法治国保障为代价。该学派的代表人物哈塞默尔(Has-

[1] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷·犯罪原理的基础构造),王世洲译,法律出版社2005年版,第19页。