



风险社会的 刑法危机及其应对

FENGXIAN SHEHUI
DE
XINGFA WEIJI JIQI YINGDUI

张道许 / 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



风险社会的 刑法危机及其应对

FENGXIAN SHEHUI
DE
XINGFA WEIJI JIQI YINGDUI

张道许 / 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

风险社会的刑法危机及其应对/张道许著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 8
ISBN 978-7-5130-4410-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 204715 号

· 内容提要

风险社会的来临, 给现代法治秩序提出了挑战, 在一个无法将风险削减为零的世界中, 如何去预防和控制风险, 是人类最应该考虑的问题。纵观人类历史, 每遇到一次危机, 总会伴有科技和制度的不断创新。风险社会已经来临, 高科技风险、环境风险、公共安全风险等危机纷至沓来, 风险的不确定性, 全球性、有组织的不负责任等特征不同于先前社会, 传统刑法理论及其研究范式受到了严峻挑战。面对风险社会, 刑法不能墨守成规。传统的刑法价值体系既然已经存在裂缝, 所以在某些特定领域, 有必要将风险思维引入传统刑法立法当中, 对现行刑法理论、立法、司法层面进行适度修正, 以满足风险社会控制风险的需要。

责任编辑: 崔 玲

装帧设计: 棋 锋

责任校对: 韩秀天

责任出版: 刘译文

风险社会的刑法危机及其应对

张道许 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责任编辑: 010-82000860 转 8121

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 720mm×1000mm 1/16

版 次: 2016 年 8 月第 1 版

字 数: 220 千字

ISBN 978-7-5130-4410-3

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责任编辑: cwiling@cnipr.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 14.75

印 次: 2016 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 42.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

献给我的父亲

摘 要

20 世纪 80 年代，德国社会学家贝克提出了风险社会理论，赋予了风险一词新的概念。贝克认为：“夸张地说，风险是个指明自然终结和传统终结的概念。或者换句话说：在自然和传统失去它们的无限效力并依赖于人之决定的地方，才谈得上风险。风险概念表明人们创造了一种文明，以便使自己的决定将会造成的不可预见的后果具备可预见性，从而控制不可控制的事情。”我们开始很少担心自然能对我们怎么样，更多地担心我们对自然所做的一切。这标志着外部风险所占的主导地位转变成了被制造出来的风险占主要地位。贝克的危险社会理论起源于对科技风险的反思，但不局限于科技风险，它强化了一种反思的思维模式。贝克等社会学家对“风险”及“风险社会”概念的阐释，其意义已远大于字面含义，意在昭示人类进行宏观性的全面反思，反思的范畴包括制度层面、观念层面、生活层面等。

刑法学作为研究刑法规范的科学，是随着刑法的产生而出现的。在漫长的历史发展过程中，随着人类对犯罪和刑罚的认识不断深入，积累了大量的刑法文化遗产，成为人类文明的重要组成部分。刑法学理论属于上层建筑的范畴，也要受马克思主义理论中生产力与生产关系学说的制约，它是一个开放系统，要不断顺应社会发展并不断充实。风险社会已经来临，高科技风险、环境风险、公共安全风险等危机纷至沓来，风险的不确定性，全球性、

有组织的不负责任性等特征不同于先前社会，传统刑法理论和它的研究范式受到了风险社会的严峻挑战。

在风险社会中，刑法的走向应以社会发展形势为导向，审慎而动。过于夸大风险社会给传统刑法带来的冲击，全盘否定传统刑法理论的历史贡献和现实意义，是片面的不可取之策，也是杀鸡取卵的盲从做法。应该承认刑法具有割裂性的特征，面对风险社会带来的新问题，不再一味坚持传统刑法的罪责自负原则，而是给风险控制的某些“刚性需求”在刑法中留下一部分“特区”。在归责原则上，可以适度借鉴德国刑法原理中的客观归责理论；在对法益的理解上，传统法益的内涵需要适合社会发展变革的需要，超越了“核心刑法”领域的疆界，被赋予了时代的特征；在过失理论方面，采用新过失理论，是应对风险社会的合理之策；在刑罚理论方面，风险社会暗合于积极的一般预防理论。

风险社会中，基于公共安全的考虑，可以适度扩大犯罪圈的范围。我国正面临从几十年的计划经济社会向市场经济社会转轨，各种新鲜事物不断涌现，随之而来的是犯罪态势严峻、新型犯罪行为日渐增多。可以说，客观的社会情势决定了在较长时期内犯罪化将成为中国刑法立法的基本趋势，或者说宽严相济刑事政策面对有些犯罪将呈现严的一面。在风险社会中，科技风险管理的最大目标是预防风险，最大限度地发挥科技对人类的有利一面，避免其消极一面。当科技发展产生的风险超越了一定限度，仅凭管理的手段恐怕很难奏效，刑法应有选择地提前介入科技风险的预防。借助刑法预防科技风险，要处理好刑法的进取性与刑法的谦抑性之间的关系，应构建行政法与刑法相结合的综合防控体系。在风险社会视野下，刑法的立法应具有前瞻性，犯罪构成应具有开放性，同时应加大危险犯的立法。对于刑罚的完善，应适度加大对危害公共安全类犯罪的刑罚力度，加大自由刑的服刑期限，增设资格刑的种类，完善罚金刑的设置，加大对累犯的处罚力度，并适时引入保安处分制度。

风险社会中，宽严相济的刑事政策，恰恰和风险社会的秩序需求相暗

合；同时宽严相济的刑事政策也能起到缓和矛盾，减少社会对立面之功效，充分发挥刑事司法的社会调节器之功能。同时，应避免刑事司法地方化，加强行政执法与刑事司法的衔接，并避免谣言风险的泛滥。在刑事审判过程中，应发挥法官解释的主观能动性，采用合目的性解释原理。基于刑事一体化的考虑，在程序上要充分重视“9·11”事件之后，全球范围内刑事程序理念的变迁。在证据方面，要加大科技证据运用的立法完善。此外，要通过立法来保障检察机关能够有效地介入刑事公益诉讼当中来，以期有效保护公共利益。

关键词：风险社会 刑法危机 应对

ABSTRACT

In the 1980s, Beck presented the theory of risk society. It was the term given to a new concept. Baker said: risk is a natural end and the traditional end of the specified concept. In other words, when nature and tradition only depend on the infinite decision to place people, we can talk about risk. Concept of risk indicates that there is created a civilization in order to make their own decisions will result in unforeseen consequences that are predictable, so as to control things beyond their control. We less worried about what the nature could do, and more concerned that we have done on nature. This marks the dominance of external risk was transformed into the risk created by the dominant.

Criminal Law appeared along with generation of the Criminal Code. There are a lot of Cultural heritage, which is an important part of human civilization. The theory of Criminal law belongs to the superstructure. It is constraint by the theory of the productive forces and relations of production. It should meet the social development. The risk society has come, such as technology risk, environmental crisis and public safety. The uncertainty, global, irresponsibility of the risk are different with previous social. The traditional theory of criminal law has received from the challenges of criminal justice practice.

In the risk society, the criminal law should be adapt to the situation of social development. It is irrational to exaggerated the impact of risk society and the overall negative contribution to the history of the traditional criminal law theory and practical significance. We should recognize the divisive characteristics of the criminal law. In the risk society, we could not insist on the traditional principle of being responsible for one's own crime. We should introduce the pininciple of Risk Control into the traditional criminal law. To the theory of imputation, should be appropriately learn the principle of objective responsibility of German criminal law; to the understanding of legal interest, the traditional legal interests should be adapt to social development and the need for change; to the theory of negligence, we should apply the neo-theory of negligence; to the theory of penalty, we should adopt the positive theory of general prevention.

Risk society, based on considerations of public safety, we should moderately expand the scope of criminal circles. Our country is facing the reform from program-based society to market economy system. There are new things followed by a serious crime situation. It can be said objectively, the social situation of crime in the long period of time determine the basic trend of China's criminal legislation. In the risk society, the object of technology risk management is to prevent the greatest risk, maximize technology to benefit the human side. When the risks of technology development transcend a certain limit, only the means by management would be difficult work. Criminal law should have to early prevent the risk of technology. Technological risk prevention through criminal law, properly handle the relationship of aggressiveness and modesty. In the perspective of risk society, the legislation of criminal law should be forward-looking; the composition should be open; in the same time, we should increase accusation on potential damage. The penalty should be an appropriate to the need of public security penalties. The time limit of fixed-term imprisonment should be increased; we should enhancing property penalty and

import protective measures.

In risk society, the criminal policy of temper justice with mercy coincide with the need of social order. It can ease conflicts. At the same time, we should avoid the local criminal justice, combine administrative law enforcement and criminal justice and avoid the risk of spread of rumors. In the criminal justice process, we should pay attention to judicial interpretation power of judges. On criminal integration dimensions, We should give full attention to 9 · 11 events. We should increase scientific and technological evidence Legislation. In addition, procuratorial organs should bring public interest litigation, so as to effectively protect the public interest.

KEY WORDS: risk society, the criminal law crisis, response

目 录

前 言	1
第 1 章 风险与风险社会理论	4
1.1 风险问题的历史演进	4
1.1.1 风险的词源考察	4
1.1.2 风险问题的历史考察	6
1.1.3 当代西方风险问题研究的基本脉络	10
1.2 风险社会理论简介	11
1.2.1 风险社会理论的提出	11
1.2.2 风险社会的特征	14
1.2.3 风险社会中的责任——有组织的不负责任	17
1.2.4 科技发展与风险社会	19
1.3 风险社会视野下的中国	21
1.3.1 中国正步入风险社会	22
1.3.2 中国当前的公共安全状况	23
1.3.3 风险社会与法律变革	26
第 2 章 风险社会的刑法危机	29

2 风险社会的刑法危机及其应对

2.1 方法论上的科学主义反思	29
2.1.1 科学主义的概念	29
2.1.2 科学主义发展简史	30
2.1.3 科学主义方法论的反思	31
2.2 自由与安全之间的价值冲突	33
2.2.1 刑法价值简述	33
2.2.2 风险社会中自由与安全的紧张关系	35
2.2.3 风险社会中自由与安全的合理界限	38
2.3 风险社会对责任理论的冲击	40
2.3.1 责任主义概说	40
2.3.2 有关责任的学说	42
2.3.3 风险社会对传统归责原则的冲击	44
2.4 风险社会对传统法益理论的冲击	47
2.4.1 传统法益保护范围的局限	47
2.4.2 法益侵害说的危机	49
2.4.3 结果无价值论的困境	51
2.5 刑罚相关问题反思	53
2.5.1 刑罚理念的反思	54
2.5.2 刑罚体系的反思	56
2.5.3 单一预防模式的不足	57
 第3章 刑法危机的理论应对	 59
3.1 全盘否定还是调整应对——风险社会刑法的立场选择	59
3.1.1 风险刑法理论	60
3.1.2 安全刑法理论	64
3.1.3 敌人刑法理论	67
3.1.4 出路——现有体系的调整应对	68

3.2 客观归责理论的借鉴	74
3.2.1 客观归责的一般理论	74
3.2.2 罗克辛的客观归责理论	74
3.2.3 客观归责理论的借鉴意义	82
3.3 风险社会中的法益理论变迁	85
3.3.1 法益内涵的演变	85
3.3.2 法益侵害说的出路	91
3.3.3 行为无价值论——风险社会的必然选择	96
3.4 风险社会中过失理论的应对	103
3.4.1 过失理论的发展脉络	103
3.4.2 新过失论更适合于风险社会	107
3.4.3 监督过失理论的提倡	109
3.5 积极的一般预防理论之提倡	115
3.5.1 报应刑论与特别预防论	115
3.5.2 消极的一般预防论	119
3.5.3 风险社会对积极的一般预防论之选择	121
 第4章 刑法危机的立法应对	 129
4.1 刑法立法的宏观应对	129
4.1.1 风险社会刑法立法的正当性	129
4.1.2 现有刑法立法应对措施梳理	133
4.1.3 风险社会中犯罪圈的适度扩大	136
4.2 科技风险管理与刑法立法	140
4.2.1 科技风险管理概述	140
4.2.2 风险评估制度的引入	143
4.2.3 科技风险管理与刑法立法	146
4.3 刑法的立法应对——以罪的完善为视角	148

4 风险社会的刑法危机及其应对

4.3.1 刑法立法应具有前瞻性	148
4.3.2 犯罪构成应具有开放性	152
4.3.3 刑法的前置化处罚	155
4.4 刑法的立法应对——以刑罚的完善为视角	161
4.4.1 加大对危害公共安全类犯罪的处罚力度	161
4.4.2 我国现有刑罚制度的完善	165
4.4.3 适时引入保安处分制度	173

第5章 刑法危机的司法应对

176

5.1 处置风险衍生犯罪的司法政策	176
5.1.1 宽严相济的刑事司法政策——风险社会的题中之意	176
5.1.2 避免刑事司法地方化	180
5.1.3 加强行政执法与刑事司法的衔接	183
5.1.4 注重引导刑事司法中的舆论	186
5.2 风险社会视野下的刑法解释	191
5.2.1 罪刑法定原则的相对理解	191
5.2.2 “合目的性”解释方法的选择	193
5.2.3 法官解释的限度	197
5.3 刑事司法程序应对的几点思考	199
5.3.1 美国“9·11”事件对刑事司法程序理念的影响	199
5.3.2 刑事司法中科技证据的运用	203
5.3.3 刑事公益诉讼的完善	205

参考文献

208

后 记

218

前 言

我们不要过分陶醉于我们人类对自然界的胜利。对于每一次这样的胜利，自然界都对我们进行了报复。每一次胜利，起初确实取得了我们预期的结果，但是往后和再往后却发生完全不同的、出乎预料的影响，常常把最初的结果又消除了。

我们每走一步都要记住：我们统治自然界，绝不像征服者统治异族人那样，绝不是像站在自然界之外的人似的，——相反的，我们连同我们的肉、血和头脑都是属于自然界和存在于自然之中的；我们对自然界的全部统治力量，就在于我们比其他一切生物强，能够认识和正确运用自然规律。

——摘自《恩格斯选集》

现代社会是一个充满风险的社会，已经成为世界范围内的共识。传染病、火灾、矿难、污染等事故频发，尤其是近些年发生的一系列全球性危机事件，诸如非典、禽流感、甲流等灾难，都以席卷全球的态势震惊了整个世

界。可以说,风险的规模、性质和程度远远超过先前任何时代,而且已经跨越了地域、民族、国家、阶级和意识形态的界限,对人类的安全构成巨大的威胁。

风险社会的来临,给现代法治秩序提出了挑战,在一个无法将风险削减为零的世界中,如何预防和控制风险,是人类最应该考虑的问题。纵观人类历史,每遇到一次危机,总会伴有科技和制度的不断创新。风险社会理论的创始人贝克认为,风险社会中的风险主要来自人类自身,防范风险的手段主要靠制度的理性建构,而制度中最具有理性和公信力的就是法治。刑法学作为研究刑法的科学,是随着刑法的产生而出现的。在漫长的历史发展过程中,随着人类对犯罪和刑罚的认识不断深入,积累了大量的刑法文化遗产,成为人类文明的重要组成部分。刑法学理论属于上层建筑的范畴,也要受马克思主义生产力与生产关系学说的制约,它是一个开放系统,要不断顺应社会发展的新趋势。风险社会已经来临,高科技风险、环境风险、公共安全风险等危机纷至沓来,风险的不确定性、全球性、有组织的不负责任性等特征不同于先前社会,传统刑法理论及其研究范式受到了严峻挑战。

从危害性方面来看,风险社会中的风险对社会的危害范围极其广泛,涉及人身、财产、人格、名誉、尊严、伦理、信用、人类生存环境和条件、社会经济、政治等。其中,最突出、最直接、最严重的是危害公共安全。它不仅对包括人的生命安全、身体健康安全、财产安全乃至生存条件和生存环境安全的公共安全形成严重的威胁,而且很多风险已现实化为对公共安全巨大的现实损害。因此,不断反思并用刑法手段预防风险的重要目的在于保障社会公共安全。

风险社会中,刑法对风险预防和危害管理日渐重视,这一转向有可能导致国家以避免风险为由滥用刑罚权力,导致个人自由的工具化。不能将人权保障与公共安全彻底对立,二者之间应该是对立统一的,风险社会的刑法不能放弃对自由的保障,这是现代刑法确立的基础,是个大局。但基于风险社会的现实,在遇到个人自由与公共安全发生冲突时,应该具体问题具体

分析。

面对风险社会，刑法不能墨守成规。传统的刑法价值体系既然已经存在裂缝，所以在某些特定领域，有必要将风险思维引入传统刑法立法当中，对现行刑法理论、立法、司法层面进行适度修正，以满足风险社会控制风险的需要。