

■ 社会治安防控体系建设系列丛书 商小平 主编

风险犯罪归责原理

■ 吴华清 著



中国人民公安大学出版社

社会治安防控体系建设系列丛书

商小平主编

风险犯罪归责原理

吴华清 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

风险犯罪归责原理/吴华清著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2016. 1

(社会治安防控体系建设系列丛书/商小平主编)

ISBN 978-7-5653-2504-5

I. ①风… II. ①吴… III. ①犯罪—刑事责任—研究—中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 320852 号

风险犯罪归责原理

吴华清 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市庆全新光印刷有限公司

版 次: 2016 年 1 月第 1 版

印 次: 2016 年 1 月第 1 次

印 张: 12. 75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 272 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-2504-5

定 价: 48. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsueu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

作者简介



吴华清，男，1972年11月生，河南潢川人，中国刑事警察学院治安系副主任、副教授，法学博士。主要著作有《刑法罪名疑难问题精析》、《突发事件应急管理》、《治安管理处罚法导读》、《治安管理处罚法及配套规定适用与解析》、《公

安机关办理行政案件证据规范指南》、《治安部门办理管辖刑事案件指挥教程》等，主持公安部、辽宁省级课题《抽象危险犯归责原理及立法设计研究》、《重大突发事件应急机制研究》、《突发事件应急保障技术体系》、《公安机关应对突发事件技术体系研究》，发表学术论文20余篇。先后在公安部办公厅、辽宁省公安厅治安管理总队、沈阳特警支队、沈阳市公安局派出所等地挂职锻炼，参与数十起重大刑事案件、行政案件、突发事件的办理或者处置工作。主要研究领域为刑事法学。

总 序

中共中央办公厅、国务院办公厅 2015 年 4 月发布《关于加强社会治安防控体系建设的意见》（以下简称《意见》），明确提出了当前及今后一段时期我国社会治安防控体系建设的目标，即提升社会治安防控体系建设法治化、社会化、信息化水平，增强社会治安整体防控能力，努力使影响公共安全的暴力恐怖犯罪、个人极端暴力犯罪等得到有效遏制，使影响群众安全感的多发性案件和公共安全事故得到有效防范，人民群众安全感和满意度明显提升，社会更加和谐有序。为实现该目标，《意见》进一步指明了行动路径，规划了治安防控体系建设的体制、机制与手段：以突出治安问题为导向，以体制机制创新为动力，以信息化为引领，以基础建设为支撑，坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，健全点线面结合、网上网下结合、人防物防技防结合、打防管控结合的立体化社会治安防控体系。可见，社会治安问题的治理与立体防控，关键在于问题导向，机制运行与科技、法律手段的效用。

在 2015 年 1 月全国公安厅局长座谈会和 2015 年 9 月召开的大连会议（全国社会治安防控体系建设工作会议）上，公安部就进一步完善立体化社会治安防控体系提出了具体要求，要紧紧围绕创新立体化社会治安防控体系，认真研究新情况、新问题，准确把握开放、动态、信息化条件下新型犯罪的产生、演变规律，创新惩防犯罪工作机制，增强打防管控的针对性、有效性。这两次会议，作为落实《意见》的具体行动，对未来的全国公安工作进行了重大部署，也为公安工作的“十三五”规划勾画了蓝图。而这两次会议的重要精神之一，依然是要坚持问题导向，创新治安控制工作机制。

根据教育部印发的《普通高等学校本科专业目录（2012 年）》，公安学作为一级学科，其下区分治安学、侦查学与边防管理三个独立的二级学科。这既明确了治安学的学科身份，也划定了公安学领域中治安学科独立的研究内容。中国刑事警察学院作为公安教育发展较早的公安部直属本科高等院校之一，从 2000 年开始，就已经筹划建设治安学专业，2011 年经公安部批准

正式建立治安学专业。15年来,中国刑事警察学院的治安学专业立足于学院特色与优势,着重于“一个基础、两个管理、两个案件”的学科发展思路,既注重治安学基础理论与基层基础工作建设,又重视面向现实的治安问题,强化传统治安管理与新型应急管理的并重发展,更重要的是,紧贴新型犯罪、新型治安问题、重大公共安全案(事)件等处置侦办实战,强化两个案件的实务研究。相较于全国其他公安院校及治安实务部门,已经形成了独具特色的治安学研究阵地。

本丛书以“社会治安防控体系建设”为主题,选取当前社会治安领域的一些热点问题作为研究对象,正是贯彻落实了中央、公安部“问题导向”的要求,并分别定名为:《社会治安防控策略》、《治安行政与刑事案件查办要务》、《治安部门管辖涉网案件侦查》、《风险犯罪归责原理》、《大型活动安保理论与实务》、《社会安全领域若干重点问题研究》、《应急决策、指挥与处置》。本丛书保持了我国刑事警察学院治安学专业建设的一贯思路,既有“防控策略”的基本问题、基本理论研究,也有新型社会稳定风险犯罪的应对研究,还有两个案件及涉网案件的热点问题研究;既涵盖了传统治安管理领域的新问题,也深入探讨了当前社会治安领域的热点、应急管理领域的“高、精、尖、新”问题。应该说,本丛书的主题立意及内容设计都处于国内治安学术领域的前端,相信对推进我国治安学科发展,促进治安学术繁荣必将发挥重要作用。

本丛书的出版得到了中国刑事警察学院本科质量工程专业建设经费的资助,马玉生书记、郝宏奎院长、杨鸣副院长、单大国副院长及教务处张丽云处长、计财处房军处长等领导同志对本丛书的出版给予了大力支持,治安学系吴华清副主任对本丛书的出版倾注心血,从人选组织、内容设计,到丛书质量、结构、语言等,反复深入地参与论证。本丛书的出版发行得到了中国人民公安大学出版社的大力指导与无私帮助,事无巨细,皆悉心、尽心、精心、热心;各位编辑老师不辞辛劳,认真以待,感动至深。诸多厚爱,谨呈谢意!

虽然各位作者尽心尽力,但是时间仓促,本丛书的疏漏之处自不会少,恳请各位专家学者、学术同人批评指正。

商小平
2016年1月

归责重塑：体系的惶恐与要素开局

(代自序)

一、关于体系

习作刑法二十载，自感在刑法理论上一直毫无作为，一个重要因素在于，始终被传统以来的“犯罪论体系”这一“高大上”或者“精尖深”问题紧紧缠绕，以致到了惶恐与窒息的程度。二十年来，无论是置身中国人民大学刑法“重镇”之时，还是离开校门自行踟躅于学术之路，深感能否在犯罪论体系上突破，或者确定某一立场，似乎成为刑法学人功底厚薄的试金石。直到有一天，我在毫无建树的惶恐之间，突然发现伏案十载的书桌已经残破不堪矣，亟须更换，于是就索性购置了一套颇为心动的书桌与书柜——但是，这时我才发现，所住房屋与这套桌柜严重不能搭配。也正是那个时候，我似乎恍然大悟，于是在早年的博士论文中，提出了“房屋与家具关系论”^①。记得当时在评议及讨论过程中，高铭暄教授、林维教授等曾当面予以质疑。尽管如此，时至今日，我依然坚信：所谓“唯体系论”其实是一个严重的学术幻象问题。^②一个印证在于，大家都知道，英美刑法没有所谓的阶层体系、主客观统一自洽原则，没有构成要件类型，但谁能因此否定其刑事法的法网严密与科学？或许有人会说，那是因为英美法有“判例法”发挥作用。其实，这更是误解，判例法依靠的也是规则设计与文本描述，不过其描述形式表现为“要素组合”而已。

谈到英美刑法，相较于德日刑法，我国学者对其漠视久矣！早年曾经作过研究

^① 这一论点，为2010年我提出的犯罪论体系的改造路径思路：不能“根据房屋结构配置家具类型”，而应是“根据家具类型构建房屋结构”，应该打破“犯罪论体系形式要件决定论”，先论证犯罪成立必备的那些要素，然后再根据这些内在要素进行规范性改造，从归责的必要性、可能性及其意义层面上去反思犯罪论体系的内部逻辑性排列。参见拙文：《风险刑法的归责要素及体系设计》，2011年中国人民大学图书馆博士文库，第26页，第67~68页。

^② 具体说明请参见本书第一章第二节的详细论证。学术幻象实是我国当前刑法学界的思维惯式与学术意识幻象的集中概括，主要体现在对某些问题肆意放大，而对新问题却又肆意排斥，如唯德日刑法阶层犯罪体系马首是瞻（最有代表性的观点认为“彻底与苏俄刑法断裂，并开启刑法学的趋德日化成为刑法学理论界的一股知识脉动”。参见陈兴良：《刑法知识的去苏俄化》，载《政法论坛》2006年第5期），一窝蜂地热衷于客观归责理论引入，或者对应该面对的后现代的、机能主义的、风险控制等领域的问题却一窝蜂地以罪刑法定、责任主义、谦抑原则等帽子予以否定，等等。



的几位知名学者，后来也没有坚持。在此作为本书序言，我想谈一点思考，其实，英美国家刑法的体系及其结构是非常严密的，其犯罪成立体系被认为是“一种颇具特色的双层控辩平衡模式”。^①在这种模式中，第一层次是犯罪本体要件（即肯定犯罪的成立要件），包括犯罪行为和犯罪心态（犯意与罪责）；第二层次是责任充足要件（即否定犯罪的成立要件），包括未成年、精神病、正当防卫等免罪理由。在该体系下，犯罪成立的肯定要件中并没有主观归责与客观归责、行为无价值与结果无价值等这些“术语”、概念，当然更没有主观主义、客观主义之间的无休止争议，但是这并没有妨碍其对犯罪行为的全面覆盖，也没有出现因果关系与罪责非难的漏洞。

至于为什么我们当前的刑法体系唯“犯罪论体系”马首是瞻，为什么德日刑法体系成了我们必须效仿或者唯一要学习的、挥之不去的“圣经”？难道我们的刑法理论就只能在一套“阶层体系”、“客观归责”、“行为无价值”等舶来品之间选择吗？不西渡德国、不东游日本，难道就无法开展刑法研究乎？为什么我国刑法学界不能自我反省这种现象呢？

因此，本书认为，如果把刑法作为一个精密化科学来看待的话，^②其精密之处不在于术语是否繁杂，是否存在阶层排列先后顺序，而在于要素是否科学、精练、严密，能否达到社会公众认同，解决实践问题。但是，我国刑法学界却很奇怪地一直推崇德国刑法体系，达至膜拜、神化程度，漠视英美刑法，即使是在民法、行政法、诉讼法等其他法律部门日益“去德化”的背景下依然如此。近年来，出于对“犯罪论体系”研究的敬畏与惶恐，我从未停息地一直在学习与关注当前一些刑法名家所引进与创造出来的“奇怪”术语（如刑法知识、教义学、犯罪阶层、责任主义、制造风险等），总觉得如置身于PM2.5指数“爆表”的雾霾环境中，实在想呼吸一丝新鲜空气。于是，本书借此大胆陈词心扉，希望以风险犯罪的刑事归责这个话题，探讨摒弃所谓“体系论”而解决归责问题的刑法研究路径。

当然，对传统以来刑法理论的求变思考，在抛却“唯犯罪论体系论”之后，如何解决犯罪的纵向结构（完成形态）与横向结构（组合形态）等重大问题，仍然是一个悬置之题。本书在这个后继的、深层次的问题上，并没有予以处理，唯愿随后的论著予以专题解决。

二、关于归责原理

从方法论意义上说，但凡理论，无论其是宏大叙事还是残片论断，皆来源于实践，并能在实践中得以印证或体现；没有脱离于实践的纯粹思维，更没有得不到实

^① 赵秉志：《英美刑法学》，中国人民大学出版社2004年版，第119页。

^② 有著名学者认为，刑法学的核心问题即在犯罪论体系的论证上，犯罪论体系要阶层化、精致化，以事实和经验的判断为思维起点，最终要形成价值判断，由此建立起精巧的刑法解释体系。参见周光权：《论常识主义刑法观》，《法制与社会发展》2011年第1期。

践检验或者印证的纯粹理论。自然科学探究自然现象的内在运行规律，从而总结出某一特定思维体系，我们称之为原理。而来源于社会实践的、关于某一社会事实的抽象概括的理论，我们也可称之为原理。原理是理论之“理论”，是更深层次的、具有普遍意义的基本规律性理论。被称为原理的东西，必然也是经历大量观察、实践，经过归纳、概括而得出的。原理能指导实践，也能经受实践的检验。特别是对于新型犯罪而言，尽管其“新型”，但也可以探索其内在规律，发现其具有普遍意义的特性，从而探索其归责规律。因此，研究新型犯罪的归责原理就具有十分重要的学术意义：原理研究的学术意义在于能够实现从“碎片式”（也称为残片化，Fragmentation）理论探索到规律性理论研究，为某一社会问题的治理提出普遍指导和文本设计。社会学理论出现了后结构主义方法论，该观点怀疑人们能否彻底地认识世界、能否发现研究对象的变化规律，主张社会现象研究不是仅仅关注普遍结构，而是特别关注远离中心结构的边缘性事物，从而主张破碎性、残片化及一切二元对立的消除。这一方法论虽然对于消解传统社会学研究中的“宏大叙事”弊端具有意义，但是，相对于刑法学、犯罪学等部门法学理论研究而言，其意义则相反。刑法学作为应用学科的重要特征即在于，从无数个案或者现象中，总结出可以文本描述的规则设计，从而再指导以致适用于未来出现的个案或者现象。因此，进行归责原理研究，从当前我国刑法学术现状来看，尤显必要。

至于风险犯罪归责问题，进行“原理”研究亦不例外。该原理无非是关于揭示风险犯罪自身规律及其应对策略的理论探讨，这就要求该研究既要揭示“风险犯罪”这一社会事实的内在规律，又要追溯现有规范体系应对风险犯罪的效用，从而最终提出能够用于实践的理论设计及思维模式。

之所以要探究“风险犯罪”的刑事归责，并把其上升到“原理”的层面上进行研究，是因为相对于其他类型的犯罪归责而言，“风险犯罪归责”是一种逆向归责路径与模式。无论是传统意义上的行为犯、结果犯还是危险犯，其归责的路径都是“从结果（或者行为）到行为，再到行为人”的“归因模式”。而“风险犯罪”因其尚未发生实害意义的结果（包括结果的危险），甚至只是一种“远程风险”，其可罚性依据由行为人的风险意识决定。故此，“风险犯罪归责”的路径是从“行为人到行为”的模式，它更强调的是行为人规范意识的遵守、意思决定的预防。这种模式打破了传统刑法以来的刑事归责结构，打破了传统刑法体系主观要件与客观要件的简单对应关系，所以，才更应该深入研究其归责的原理。当然，正因为这种逆向归责路径与模式特征，才导致了刑法理论的争议与质疑。也正因为当前我国刑法理论界对“风险犯罪归责”的质疑和对“风险刑法”的争议，才更有必要对其予以梳理与辟正。

三、关于要素

从中国人民大学毕业之后，由于从事职业的关系，我更多关注的是社会治安控制领域的那些东西，即2015年4月中共中央办公厅、国务院办公厅在《关于加强社



会治安防控体系建设的意见》中提出的治安五要素：人、地、物、事、组织。这五个要素，是整个社会治安防控体系谋篇布局的重要根基，更是治安防控体制、机制、手段建设的重要内容。立足于这五个要素，一个偌大社会的治安防控体系就能得以构建，更何况是具体一个部门法的问题。由于反复在一些地方宣讲“两办”的这个意见，在无数次研究中央关于治安防控体系以要素为依托的布局思路之后，从另外一个视角审视刑法时，我就更加深刻地认识到：社会风险领域的刑法控制问题，其实更应该注意的是要抓住一些要素，而不是空谈体系建设。

新中国刑法体系的发展已有 60 余年，从全面照搬苏联刑法的构成要件模式，到当前被主流学者推崇的阶层体系，我们从来不缺少体系的设计，但似乎我国刑法理论并没有达到应有的发展预期。一些刑法学者为此发出“中国刑法学研究向何处去”的追问，德国、日本刑法体系确实确实也存在固有的缺陷，全盘照搬他国的刑法学理论实在不是一种明智而科学的理性选择。^① 德国经过 200 多年的法治文明发展与洗礼，积累起来的刑法体系尚且如此，更何况我国当前的状况呢？如果再结合英美国家的经验刑法理论进行比较研究，就更应该对当前“唯体系论”的观点进行深刻反思了。当然，本书并不是企及论证我国构成要件体系的存或废，也不是怀疑引介德日阶层体系背后的学术动机。对一些主流学者引介德日刑法体系时所惯常使用的繁杂的专用名词，本书描述为“奇怪”术语，当然只是学术肤浅之见——这些术语其实就是“人、地、物、事、组织”要素的排列组合而已。说到底，还是要素选择问题。

年轻学者习文舞墨，似乎总喜欢棒打一片，要么追捧，要么崩盘，这是恩师王作富老先生多年来一直敲打弟子的诚言。虽然我谨记教诲，警戒出线，但本书言辞之间的一些地方可能还是出了格。不成熟之处，疏浅之见识，自然不在少数，敬请各位学术前辈、吾辈同人海涵批评。

中国刑事警察学院为我们这些学术后生提供了良好的展示平台和生活空间，各位领导对本书的出版关怀备至，让我感动泉涌，在此特呈谢意。

本著作为 2014 年度公安部软科学研究计划项目《重大突发事件预防处置机制研究》（项目编号 2014LLYJXJXY021）和 2015 年度辽宁省社会科学规划基金项目《抽象危险犯归责原理及立法设计研究》（项目编号 L15BFX009）的研究成果之一，特此感谢。

吴华清

2015 年 11 月 22 日于刑警学院寓所

^① 谢望原：《中国刑法学研究向何处去》，载新华网，http://news.xinhuanet.com/legal/2007-08/01/content_6459586.htm。



目 录

第一章 风险犯罪归责的问题与立场	(1)
第一节 风险犯罪归责研究的问题导向	(1)
第二节 风险犯罪归责研究的基本立场	(7)
第二章 风险犯罪与刑事归责的范畴	(16)
第一节 风险的内涵与实质	(16)
第二节 风险犯罪的图景与应对	(23)
第三节 刑事归责的基本问题	(41)
第三章 风险犯罪归责之不法要素	(52)
第一节 风险犯罪不法要素的理论依据	(52)
第二节 风险犯罪刑事不法的实质	(56)
第三节 风险犯与抽象危险犯的关系	(62)
第四节 风险犯罪的不法要素与客观归责	(75)
第四章 风险犯罪归责之罪责要素	(78)
第一节 客观化罪责理论	(78)
第二节 风险犯罪归责的罪责要素	(86)
第五章 风险犯罪归责之客观处罚条件	(102)
第一节 客观处罚条件概说	(102)
第二节 客观处罚条件在风险犯罪归责中的运用	(109)
第六章 食品安全犯罪的刑事归责	(114)
第一节 食品安全犯罪的归责背景	(114)
第二节 食品安全犯罪的归责要素	(123)
第三节 食品安全犯罪归责的立法设计	(129)
第七章 危险驾驶犯罪的刑事归责	(136)
第一节 危险驾驶犯罪的归责背景	(136)

第二节 危险驾驶犯罪的归责要素 (138)

第八章 内幕交易犯罪的刑事归责 (145)

第一节 内幕交易犯罪的归责背景 (145)

第二节 内幕交易犯罪的归责要素 (154)

第三节 内幕交易犯罪刑事归责的立法设计 (175)

参考文献 (186)

第一章 风险犯罪归责的问题与立场

第一节 风险犯罪归责研究的问题导向

一、传统刑事归责体系面对风险犯罪的困境及争议

之所以要把风险犯罪归责作为研究对象,是因为自20世纪以来,大陆法系刑法学(包括中国刑法在内)的研究范式,都是因循近代启蒙主义以来的刑法模式,无论是其立法模式,还是法律解释都毫无例外:以法益侵害为实质犯罪概念、原则上以不法行为产生实害(或发生特定结果)^①为可罚性的界线;虽然也非常普遍地存在刑罚前置化或象征性的规定(例如,抽象危险犯的立法,对未遂犯、预备犯的处罚,客观处罚条件的广泛使用等),但是这些规定都是以法益侵害与实害结果这种核心刑法体系为根基的,并没有充分论证这些前置化或者象征性规定的法理基础。

随着社会的发展,特别是步入风险社会之后,刑法规制对象趋于多元,以超个人法益为名的刑事立法不断扩张,交通安全犯罪、经济安全犯罪、产品安全犯罪、基因犯罪、环境安全犯罪等新型犯罪类型不断充斥于修正的刑法条款(如我国目前的九个刑法修正案)之中,这些新型犯罪的刑法规制正当性处罚基础是什么,现有的刑法体系架构能否真正涵盖并解释这些发展,刑法学理论分为两种态度:第一种持否定观点,即维持古典刑法(包括新古典刑法学)既有的可罚性范围,否认在此之外的人罪化基础。为了保障既有刑法体系得以覆盖新型犯罪的规制,该理论主张通过扩张既有刑法体系的范畴解释(如社会学解释),来弥合可能出现的体系割裂或者不协调,如当前刑法学界对危险驾驶入罪的扩张解释。第二种持建构观点,即试图建立起另一套刑法思维体系,为这些新型犯罪入罪化提供实质理由与解释方案,就像在刑法学理论上承认保安处分一样。但是,这种新的刑法思维体系与既有的刑法体系存在什么关

^① 在我国刑法理论中,通说观点把作为可罚性基础的犯罪既遂形态分为四种类型,即结果犯(包括结果加重犯)、行为犯、危险犯和举动犯。参加高铭喧:《刑法学原理(第二卷)》,中国人民大学出版社1993年版,第296~299页;马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社2003年版,第495~501页。可见,通说观点严格区分了结果犯与危险犯的界限。但在德国的刑法学文献中,将危险犯,尤其是具体危险犯理解为结果犯,则是通论。台湾地区刑法学者似乎也大多主张危险犯属于结果犯的形式之一。参见林东茂:《危险犯与经济刑法》,台湾五南图书出版公司1996年版,第23~24页。

系,是否还要另行建立一套新的刑法评价体系,成为该研究的棘手问题。

固守古典刑法的既有体系,并在这种体系下借助扩张解释的方法为新型犯罪的刑事规制提供理论依据,显然已经不能适应现代刑法发展的需要,并且越来越捉襟见肘。事实也反复证明,这种扩张解释既嫌疲于应付,又总是不可避免地与罪刑法定主义原则相抵牾。为此,德国 20 世纪 70 年代开始出现的以雅各布斯(Günther Jakobs)、罗克辛(Roxin)、考夫曼(Armin Kaufmann)等代表的刑法功能主义(或称之为机能主义)思潮,^①为传统刑法体系的改良提出了新的思路。

自 20 世纪 80 年代开始,因为刑法机能主义的出现及其扩展,在德国出现了风险刑法研究思潮。这种研究肇始于德国社会学者贝克(Beck)1986 年出版的《风险社会》一书中对风险问题的研究。德国刑法学者普里特维茨(Prittwitz)1993 年出版了专著《刑法与风险》,^②第一次明确提出并深入研究了“风险刑法”问题。普里特维茨关于“风险刑法”这一命题所涉及的问题是:刑法在什么范围内处于这样一种境地,需要以其传统法治国的自由的全部手段,其中也包括法益概念,来克服现代生活的风险(如以核材料的、化学的、生物的或者遗传技术方式造成的风险)。但遗憾的是,无论是当时还是现在,虽然风险社会背景下的刑法应对已经出现了极大的困境,但刑法理论视野下的风险研究依然是在既有刑法体系(以实害犯为中心的法益保护体系)的范围内去考察,其重点依然停留在风险之于刑法的可规制性程度问题上。

之所以如此,是因为风险刑法问题在根本立场或者存在基础上经常被传统刑法理论所否定,否定的主要理由在于,“风险”研究首要考虑的应该是寻找风险产生的社会原因并在刑法之前予以排除(即认为应该由行政不法来解决^③)。虽然人们在这个领域内也承认无法完全放弃刑法的干涉,但是,在运用刑法与风险作斗争时,必须立足于保护法益和其他法治国的归责原则等这些近代刑法的根基性东西。在无法做到这一点的地方,刑法的干涉就必须停止。否定“风险刑法”命题的典型代表是德国的法兰克福学派,其反对通过一种预防性的刑法来与现代社会的问题(环境、经济、电子数据处理、毒品、税收、对外贸易,尤其是有组织犯罪)作斗争的努力。之所以反对风险犯罪进行归责,是因为在这些问题后面,该学派存在这样一种担心:在这些领域中使用有效的刑法干涉,就必须以牺牲十分重要的法治国保障(如法益保护的实质犯罪观、罪行法定主义等)为代价。德国学者哈塞默尔(Hasse-

① 参见赵秉志:《外国刑法原理(大陆法系)》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 75~77 页;许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 10~14 页。功能主义刑法理论在犯罪论体系构建上强调目的合理性,在犯罪本质上批判存在论,而强调法益保护的扩张,甚至是走向规范论。这种刑法思潮为风险刑法的提出与辅助性体系地位的构建提供了有益的铺垫。

② 参见[德]罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 18~20 页。此处关于风险刑法在德国的产生与主要观点争议的论述,主要引用了罗克辛论证时所引用的观点。

③ 关于行政不法与刑事不法区分问题的深入研究,由于是本书的重点问题,下文另有详细论证。这里只说明,当前反对风险刑法存在的主流观点(无论是德日,还是我国理论界),绝大多数都是在这个问题层面上展开的。

mer) 也提出了将刑法缩减为“核心刑法”的建议,并且希望通过一种“干预法”来解决这些所谓的“现代问题”。这种干预法“存在于刑法和违反秩序法(我国称之为行政法)之间,民法和公法之间。它虽然不如刑法那样能够提供那么高等级的保护和宪法性调整,但是,这种干预对个人不会具有那么严厉的惩罚”。德国的赫尔左克(Herzog)针对“风险刑法”的批评是,这样一个“风险刑法”的确立是和法治国的保障不协调的,要说其还有些用处的话,也仅是在处理现代社会风险的种种问题上还略有点办法。哈塞默尔认为,存在于刑法之诸多不同领域的问题:从对付简单的“醉酒驾驶”到对付有组织犯罪及恐怖主义组织犯罪,完全可以运用危险犯理论。^①

但是,面对当代日益严重并扩散的风险类新型犯罪的挑战,也确实需要重新审视传统刑法在这种挑战面前的不足,并寻求出路。为此,针对上述反对风险犯罪刑事归责研究的观点,德国学者吕德森(Lüderssen)认为,将刑法限制在自古以来传统犯罪行为这个“核心领域”,就意味着向“阶级刑法”的倒退。在小偷必须承担严厉刑罚的同时,富有的经济违法者和环境违法者却仅仅受到干预法的轻微处罚,这是明显不合理的。德国学者许乃曼(Schünemann)更明确地指出:今天,在持续地对自然资源进行掠夺性开采而产生无数废物的时代,一种将财产违法行为划入刑法的核心领域,同时将大部分环境违法行为归入违反秩序领域的做法,如法兰克福学派所宣扬的那样,正是一种“返祖”现象的表现。由此可见,从更周延的保护法益、更严密的问责新型犯罪的角度看,刑法确实不能面对大量的诸如经济违法和环境违法现象而熟视无睹。

从上述肯定与否定两个层面的争议及其理由,我们可以看出,风险犯罪刑事归责应否被支持,其关键问题主要集中在,如何看待刑法与秩序法(行政法)之间的界限,或者可以说是刑法能否找到提前介入行政违法行为的必要性依据。

客观而言,反对刑法介入风险领域的批评有其合理性,这实际上也是对现代刑法规制泛滥的批评,这种批评反对在不合适的地方使用刑法手段来解决社会问题。基于此,德国刑法学家施特拉腾韦特(Stratenwerth)在1993年巴塞尔刑法学教师大会上提出了解决“使用刑法手段提供未来保障”的问题和对策,他反对纯粹功能性的刑法,因为这种刑法企图在忽视传统的法治国保障的前提下,实现一种最有效的防御威胁人类未来风险的目的。但他又主张,刑罚应该保留在“与归责相联系的各种规则”上,而不是像法兰克福学派宣扬的那样让刑法撤出对未来提供保障的领域。因此,他建议走“第三条道路”,即应当超越法益保护观念,特别是在环境或者遗传技术等新兴犯罪问题上,要在不“撤回个人利益”的条件下,使用刑法保护“与未来有关的行为规范”,从而改变以法益为导向的传统刑法理论,在因果关系和后果问题、故意和不法意识问题、实行人和参与人或者还有一种刑法性的企业责任问题上,找到实事求是的替代性解决办法。

^① [德] 艾斯勒:《抽象危险犯的基础和边界》,蔡桂生译,载《刑法论丛(第14卷)》,法律出版社2008年版,第331~343页。

遗憾的是,虽然上述支持风险刑法研究的观点很有见地,也有一定程度的说服力,但截至目前,并没有形成较为成熟的、一致性的论证体系(事实上,短时期内也不可能形成定论,尽管在刑法分则条文中不断出现新型风险行为的人罪化倾向)。正如罗克辛所说的,那个不能替代传统的而仅仅能对之加以补充的“新的”信条,在轮廓上从来就是无法辨认的,并且根据其法治国的性质,从来就是无法审查的,因为这种“未来保护”很少被单独的个人危害,而更多的是被集体所危害的,所以在这个领域中,首先应当发展的是新的归责结构,就像突然产生的对社团刑法的热烈讨论所表现的那样。^①此外,罗克辛也预测,当我们有时不得不超越具体法益的保护,通过“与未来有关的行为规范”在刑法上保护“生命关系”的时候,也应当在这个范围内适用辅助原则。尽管在这里表现出一种发展趋势,在21世纪的刑法中很可能具有重大意义,但是,这种发展最多只能导致一定程度的局限性,而不是对法益保护思想的背离。

在我国,现有刑法体系也是以实害犯为中心构建的体系,这可以从两个角度进行理解:一是从构成要件的客观结构角度说,现有刑法是以结果为标志的因果关系归责体系,无论是条件说、原因说还是其他修正变更理论,毫无例外的,都是立足于结果的发生向某个特定行为追溯,并进而使结果与行为之间建立可以操控的归责标准。^②二是从主观不法层面上说,^③传统刑法对主观故意或者过失的认定是以结果的认识(可能性)或者预见为基础,并进而强调对这种认识的控制(意志)情况,

① [德] 罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第21页。

② 尽管当前我国刑法学界的不少学者认为,因果关系在客观归责理论的背景下,应该有所发展,甚至必须进行实质意义上的改变(参见陈兴良:《从归因到归责:客观归责理论研究》,载《法学研究》2006年第2期)。但本书认为,仅仅局限在客观构成要件这个层次中进行归因理论的变革是毫无意义的,也是无法解释清楚的。更无法解决的问题是,无论是根据客观归责的规则对事实要素进行实质审查,还是区分为责任能力与责任形式进行罪责评价,如果没有了“结果(不确定的行为危险性)”,这种归责是否还有依据?

③ 主观不法不能理解罪责,两者是处于不同层次(阶层)评价的概念。主观不法包含两个方面的含义:其一,从构成要件符合性与违法性上位概念的角度理解主观不法,这是德日刑法体系的现有之义,在这个层次上的主观不法,实质上是构成要件层次中的决定构成要件行为之心理态度的内容;其二,我国刑法体系层面上的主观不法,即《刑法》第14条、第15条规定的故意与过失内容上的主观心理事实。由于不法与罪责的划分并非通说观点,本书采用这种犯罪论体系划分来研究风险刑法,主要目的是研究便利,因为风险刑法的重点在于不法(构成要件合致性和违法性的上位概念)结构中客观层面的归责(而不仅仅局限在以罗克辛为代表的客观归责理论上),和罪责功能化(客观化)理论研究上,所以本书采用不法—罪责的犯罪阶层体系。由于犯罪论体系的“革命”呼声在时下的中国刑法学理论界实属炙手可热,日趋高涨。本书对此问题的主张,可以借用德国的托马斯·沃尔腾贝格和日本的平野龙一的话来表达,即提倡应该“从体系的思考转向问题的思考”(参见[日]松宫孝明:《日本的犯罪体系论》,冯军译,载《法学论坛》2006年第1期)。事实上,罗克辛也是持这种观点的,因为,他基本上肯定不法和罪责的区分,但最后在不法的阶层中仍然认为区分构成要件合致性和违法性有其意义,其主要理由在于构成要件是彰显刑事特有的不法,而违法性阶层旨在调节刑法与其他法秩序的冲突。许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第145页。下文如无特殊说明,谈到的阶层意义上的不法,其出发点都出于此意。特此说明。

其前提仍然是对行为结果的认知。由此可见,无论是客观不法意义上的归责,还是主观不法意义上的归责,其核心要素或者说标志性要素就是“结果”的认知与可控,无法认知的“结果”,既不可能存在因果关系的链条,也不可能把握主观上的认识内容,因而就排除了刑事不法评价。

同时,国内刑法学界权威观点立足于我国《刑法》第14条、第15条等现行规定,认为我国刑法意义上的“结果”既包括可以测量的具体结果(实际损害),也包括危险结果(现实危险)。^①前者属于现有刑法体系的应有之义,在理论上并无争议,但对“危险”是否可以完全理解为“结果”,则因为“抽象危险犯”的引入与争议而变得越来越模糊化。^②事实上,较为通说的观点认为,“抽象危险犯”之“抽象危险”并不存在传统刑法意义上的“结果”,这种危险属于法律的拟定,对行为人来说,由于强调的是行为本身的危险性,而不要求也不需要证明结果(包括危险)的存在形态。如此一来,对不法评价或者罪责来说,没有可以测量的具体结果,而仍然进行客观层面的归责与罪责层面的非难,其关注点就转向到刑事法律的提前介入(即通常所说的可罚性前置)与规范评价上。但如此转向又引发了一系列刑法体系的冲突与矛盾(如台湾地区有观点认为是体系性割裂),概括而言主要表现在两方面:一方面是不法结构内部出现重大矛盾,无结果而归责的逻辑使建立在因果关系基础之上的客观不法失去了固有的根基;另一方面是罪责结构的转变,无结果而归责的逻辑使故意或者过失这种心理事实的实质内容变得模糊,甚至不存在,取而代之的则是罪责的客观化评价(如一段时间讨论比较热烈的期待可能性问题)。因此,完善刑法体系,或者提升风险之于刑法的体系性地位(更确切地说,是体系性辅助地位,由于该问题是本书的重点问题,下文将另有详细论证),成为现有刑法体系构建必须面对的问题。

本书认为,讨论这种不发生传统刑法意义上的实害结果(如抽象危险犯)的“风险”应否纳入刑法体系,涉及两个关键问题的界定:一是风险犯(如抽象危险犯)与行为犯、结果犯(实害结果)的界限;二是对风险犯罪进行刑事归责的体系性融入(或者说兼容)。对前者,两者必须区分的意义即在于说明风险能否被实害结果所吸收或者解释;对后者的界定是本书的重点所在,因为,与实害结果根本相异的风险能否被刑事法评价,其根本意义(基础)在于刑事归责的可能性。如果风险的评价无论是不法层面还是罪责层面(在我国刑法体系下可以理解为客观层面和主观层面)都无法归责于行为人,就不能对“风险”制造人进行刑事归责;反之,

① 高铭喧:《刑法学原理(第1卷)》,中国人民大学出版社1993年版,第554~555页;马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社2003年版,第191页;张明楷:《危险驾驶的刑事责任》,载《吉林大学社会科学学报》2009年第6期。

② 这里特别要提到的是,我国主流刑法学理论曾一度把刑法中的“危害社会的结果”理解为“社会危险性”,如果从法益理论来考察这种解释,相对而言,还是比较合理的,本书认同并承袭这种提法,下文另有详细论证。具体可参考王作富教授在《中国刑法研究》中的论述(中国人民大学出版社1988年版,第160页)。