

# 风险社会之刑法应对

陈晓明<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**风险社会为理解和把握现代刑法提供了全新的观察视角，也为反思传统刑法提供了重要的理论工具。为了应对风险，有必要制定风险刑法。风险刑法在观念、功能和归责等方面与传统刑法有显著不同，对传统刑法基本原则构成挑战，并对传统刑法价值体系进行裂解，隐含有巨大风险。在风险社会，可以采用传统刑法与风险刑法并存的方式，以弥补传统刑法在功能上的不足和责任追究上的漏洞，两者互相支持，共同达成维护社会秩序和安全的目标。

**关键词：**风险 风险社会 风险刑法 传统刑法

---

## 一、风险社会的风险与危险

### （一）风险社会与风险

现代社会是一个充满风险的社会，其规模、性质和程度远远超过以往任何时代，已经跨越了地域、民族、国家、阶级和意识形态的界线，成为一种新型的、全球性的危险，对人类安全提出了巨大挑战。德国社会学家卢曼曾说，我们生活在一个“除了冒险别无选择的社会”，风险已经成为我们生产生活的组成部分，无处不在，无时不在。<sup>〔1〕</sup>

“风险社会”是德国著名社会学家贝克首次系统提出的理解现代性社会的核心概念，其在1985年出版的《风险社会——通往另一个现代的路上》一书中，将“风险社会”一词形容为现代社会的根本现象。<sup>〔2〕</sup>他从乌克兰切尔诺贝利核电站事故中获得启示，一经提出便获得了广泛的响应。特别是近些年来所发生的一系列全球性事件，诸如疯牛病、非典、禽流感以及各种生态灾难等等，都以席卷全球的态势震惊了整个世界，从而使风险社会理论成为多个学科关注的焦点，法学自然也不例外。

关于风险社会，贝克认为，现代世界正在从“工业社会”向“风险社会”转变，“风险社会”是现代社会发展的一个阶段。<sup>〔3〕</sup>所谓“风险社会”，是指在后工业化时期，随着科学技术的迅猛发展，产生于人类实践活动的各种全球性风险和危机对整个人类生产生活乃至对人类的生存和发

---

\* 厦门大学法学院教授。

〔1〕 参见杨雪冬：《风险社会与秩序重建》，社会科学文献出版社2006年版，第9页。

〔2〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会——通往另一个现代的路上》，汪浩译，台湾远流出版社2004年版，第1页。

〔3〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2003年版，第13页。

展造成严重威胁，而人类对此又失去掌控的一种状态。

风险社会的一个突出特点就是高度不确定性。风险社会所面对的风险不同于以往的风险形式。工业社会的风险大体可以通过科学理性加以确定和控制，而风险社会的风险是一种人为制造的风险，科学理性在这种风险面前已变得无能为力。

风险社会是现代化的产物，风险的增加是由于科技的发展。在现代化进程中，科学技术的进步在促进社会发展的同时，也带来了不可预测的风险威胁，而且随着科技的迅速发展，生产力高速增长，从而使风险的释放达到了前所未有的程度，风险已经脱离了时空的限制，不仅威胁到自然和人类健康，而且会给社会、经济和政治带来严重后果；风险不再局限于一国，而是突破地理的距离和限制，给全球造成影响，“风险社会就是一个世界风险社会”；〔4〕而且风险在时间上不可逆转，不仅影响现在，而且影响将来，对后代产生消极影响。

关于“风险”，学术界很早就给予了关注，特别是在管理学和社会学等领域，都已有了比较成熟的理论体系。但是，在法学领域，风险并不是一个专门的法律术语，更无确切的定义。因此，对风险的理解需要借助其它相关领域的知识。

一般意义上说，风险既可来自自然界，也可来自人类，但风险社会的“风险”并非是纯粹自然意义上的风险，诸如来自地震、海啸、飓风等自然现象所导致的风险，而是与“自然”和“传统”的概念有别，它已经脱离了自然和传统的影响而依赖于人的决定。〔5〕因此，风险在现代的意义上是指对未来结果可能性的一种认知或判断，正如英国社会学家吉登斯所言，“风险指的是在与将来可能性关系中被评价的危险程度”。〔6〕可见，风险建立在人类行为和决策意义上，是人类主动创造出来的，是人类实践行为不可避免的伴随性结果，而且随着人类活动能力的增强，风险也在加大。

风险是人类活动的反映，是科学技术高度发展的体现。这意味着风险不是来自于无知，而是来自于知识，而且越多的知识产生越多的风险。〔7〕贝克曾指出：“风险的来源不是基于无知的鲁莽的行为，而是基于理性的规定、判断、分析、推论、区别、比较等认知能力，它不是对自然缺乏控制，而是期望于对自然的控制能够日趋完美。”〔8〕但在同时，它也反映人类知识的局限，因为越多的知识不但不能制造对生活世界的可预测性与可支配性，反而增加不可预测性与不可支配性。

风险与危险不同，危险是一种被动形成的具有消极后果的现象，是指外在因素给人类或社会带来危害的具体状态。虽然两者均有“不确定性”，而且均未造成实害，但是，两者有重大差别：

1. 风险介入了人的因素，可以说，是一种人造的风险。因此，风险是客观存在与主观认知的结合，取决于决策以及人类自身的行动。而造成危险的原因可能是自然的，也可能是人为的。对决策者而言，决策带来的可能后果就是风险，而对于其他人来说，则表现为危险。

2. 风险与危险相比是一个较为中性的名词，而危险则完全是负面意义。风险着重于描述“天有不测风云”的客观现实生活，并不单纯是负面评价，相反，风险具有二重性，它在意味着不确定性，可能导致危害性后果的同时，却又反映出积极意涵，因为它是人类对客观现象进行认识的一种图谱，反映了人类拓展和征服未来的一种企图，是“经济活力和多数创新，包括科学和

〔4〕 [德] 乌尔里希·贝克：《世界风险社会》，吴英姿、孙淑敏译，南京大学出版社2004年版，第23页。

〔5〕 参见 [德] 乌尔里希·贝克、威廉姆斯：《关于风险社会的对话》，路国林编译，载薛晓源、周战超主编：《全球化与风险社会》，社会科学文献出版社2005年版，第303页以下。

〔6〕 [英] 安东尼·吉登斯：《失控的世界》，周红云译，江西人民出版社2001年版，第18页。

〔7〕 参见前引〔2〕，贝克书，第89页以下。

〔8〕 薛晓源、刘国良：《法治时代的危险、风险与和谐》，《马克思主义与现实》2005年第3期。

技术类创新的源泉。”〔9〕诚如德国社会学家鲁曼所言：“人们必须学会不能把风险想象如同危险一般，简单地视为只是负面的东西，而必须把它视为一个有意的、作为的对象，而人们因为吸收这个风险而有所获益。”〔10〕危险则代表了一种危机，反映会给人类带来不利后果的情况，含有完全负面的意涵。

3. 风险的发生，基于知识的有限性，造成不可预测的威胁结果，无法依经验法则来确认其发生的几率，也就是因果关系和盖然性无法确定。因为“人造风险是一种历史上没有提供前车之鉴的新的风险环境，人们不知道风险是什么，更不用说从概率表的角度来进行精确计算了”。〔11〕而危险的发生基于已掌握的知识，可以加以预测，可以依照经验法则，判定为何种原因所引发。也就是说，因果关系和盖然性较易确定。

## （二）风险社会对传统刑法的影响

“风险社会”宣告了一个新时代的来临。风险社会是现代性的更高阶段，即反思现代性阶段，因此，风险社会也为我们提供了一个对传统刑法的基本范畴从根本上进行反思的机会。在风险社会的逻辑支配下，一种新的刑事法律体系和一种新的刑法理论应当而且必须建立，风险社会呼唤并促成风险刑法的诞生。

### 1. 风险社会意味着传统刑法观念需要转变

当社会已有了重大发展，呈现出全新的特性和趋向的时候，人们不应也不能期望根据惯常的思维和传统的刑法理论来分析和解决现今所面对的犯罪问题，原有的刑法理论和制度实际上也解决不了这些问题。比如传统刑法追求安定性和确定性，而风险社会的风险正越来越避开传统的法律制度，呈现出前所未有的不确定性，由此就出现了以不确定性为核心的风险社会与以确定性为基础的现代法律秩序之间的内在紧张关系。为此，转换视角，以新的眼光来审视新时代的犯罪问题是必由之路。

### 2. 风险社会意味着现有的刑法体系和刑法原则无法满足需要

一方面，现有刑事法律体系看起来似乎体系完整、内容翔实、标准健全、规则严密；但另一方面，这种经过深思熟虑建立起来的刑事法律体系正日益受到风险的侵蚀和困扰，它们动摇了现代刑法制度应对风险所依托的理念与原则，致使大量的违法犯罪行为从规则和标准组成的强大法网中脱逃，严重影响和威胁着人类的生存和生活。这实际上暴露了现有刑法体系在控制风险能力上的匮乏和失效。

### 3. 风险社会意味着传统刑法体系需要变革

风险社会将风险与危险加以区分有助于推动刑法体系的变革，风险将成为塑造刑法规范和刑法理论的重要工具。主要表现在：一是促成风险刑法理论体系的建立，风险概念相较于危险概念，在新的理论体系中扮演着独特角色。二是促成归责标准的重新构建。因为两者归因的对象有所不同。风险是决策的结果，因而其负面结果要归因于决策人的决断，而危险源自于外部环境，因而其负面结果归因于其他因素。此外，风险无法依经验法则来确认其发生，也就是因果关系无法确定，而危险的发生依经验法则则较易确定。三是促成对一些刑法理论的重新认识。比如，传统刑法理论对风险与危险往往不予区分，以危险的概念去评价风险，必然造成评价不够精准的问题，从而也就导致危险犯理论与实务的局限性。

〔9〕〔英〕安东尼·吉登斯：《第三条道路及其批评》，孙相东译，中共中央党校出版社2002年版，第139页。

〔10〕〔德〕尼克拉斯·鲁曼：《生态沟通》，汤志杰、鲁贵显译，台湾桂冠图书出版公司2001年版，第113页。

〔11〕〔英〕安东尼·吉登斯：《现代性——吉登斯访谈录》，尹宏毅译，新华出版社2001年版，第195页。

## 二、刑法对风险的应对

风险社会是一种反思性社会，它并不必然是一种消极负面的社会。相反，这种反思性社会可以引导人们对传统刑法有更深刻的理解，可以引发对传统刑法的更加深入的讨论。当风险社会成为人们认知的框架和模式的时候，选择什么样的刑法作为风险治理路径就成了真正需要深入思考的问题。刑法作为现代法律体系的一个重要组成部分不能逃避风险，而是要积极面对风险，努力寻找防范风险的方法和途径。在传统刑法应对风险出现困难的情况下，就必须抛弃传统的思维和行动模式，发挥想象力“再造刑法”，实现革命性的变革。

### （一）建立风险刑法范式

对传统刑法来说，保护法益是其最基本的任务，所有的刑法规范都是为了保护法益而制定的。所谓法益，是指基于人类从事社会生活的经验，社会与国家认为必须以国家的强制力去保护的对整个人类社会具有重要性或者对于个人具有必要性的生活利益。<sup>〔12〕</sup>传统刑法一直遵循启蒙主义以来的刑法范式，以法益侵害为实质犯罪概念，并以此建立起行为入罪化的实质标准和刑罚正当性的基础。整部刑法就是一部法益保护法。因此，传统刑法所建立的是一个以实害犯为核心的刑法体系，实害犯为刑法规范的核心对象，其基本精神就是将行为人的行为与法益实害相联结，并且原则上以不法行为产生实害作为可罚性的界线，而与风险有关的一些行为，如危险犯等仅仅作为刑罚前置化的例外类型。

一个以实害为基础的实然刑法体系，是无法满足风险社会对刑法的应然保护要求的。因为：首先，刑法上的风险是人们透过感官与外在世界接触所形成的内心感觉，是一种主观上所形成的认知和判断，不是一种客观实体，更不是一种物理空间的存在，难以用物本逻辑结构来说明和判断；其次，在风险社会，面对诸如环境犯罪、核能利用、基因科技等衍生出的法律问题，根本无法准确说明其涉及何种法益，因此传统的法益概念难以满足需要；再次，随着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，出现环境刑法、交通刑法等新的法律，致使法益的内涵也在不断变化。

传统刑法的“理性范式”已难以控制新型的社会风险。为了更严密有效地保护法益，弥补传统刑法在责任追究上的障碍与漏洞，就必须建立一套新的刑法范式以处理风险犯罪问题。针对风险社会犯罪的特点，刑法关注的不能仅仅是实害，还应包括风险。为此，以风险为核心的适应风险社会需要的新的刑法范式必须应运而生。这一刑法范式主要是从社会安全的角度出发，关注现实中的风险行为，确立风险犯在刑法中的中心地位。与传统刑法相比，其主要变化在于：

#### 1. 法益抽象化

风险刑法虽然也强调对法益的保护，对于危害法益的行为也都予以全面禁止，但是，它以防范风险发生为目的，不在意何种具体法益受到损害，因而不再预设法益的特定内容，不再以具体客体对象存在为前提，仅仅以一般危险性和预防必要性作为划定可罚性的界限，并以义务违反取代法益侵害作为处罚的基础。这种方式对传统犯罪的本质进行了重塑，使得法益的侵害退居次席，社会危害的内涵弱化，违法性成为犯罪的本质特征。在侵害法益非实体化和侵害对象不确定性的情况下，无被害人犯罪或被害人不明确的犯罪类型会大为增加。

#### 2. 行为拟制化

风险刑法的立法意旨就是将社会已形成共识的典型行为视为一种当然可能会造成实害的行

〔12〕 参见甘添贵：《捷径刑法总论》，台湾瑞兴图书股份有限公司2004年版，第4页。

为,而为了预防实害的发生,就有必要将其作为被禁止的行为而直接入罪,也就是通过事前的判断直接将该类行为拟制为风险行为。这实际上意味着刑法评价或非难的对象从行为的结果转为行为本身,即以行为不法作为刑事不法的核心。至于对风险的判断,只要查明符合构成要件行为即可,因为该行为即代表风险的存在。由此可见,风险刑法采用的是行为犯的立法模式,即行为本身被加以无价值判断。通过对特定行为的规制,防范风险的发生。

### 3. 刑罚前置化

随着时代的变迁和社会的发展,人类对于风险掌控及预测的能力越来越弱,对于风险也越来越难以提早做出预防的准备。为发挥刑法防御风险的功能,基于政策的考虑,刑罚呈前置化趋势。在此情况下,只要制造了一定的风险即可入罪并施以刑罚,而无须考虑任何具体的实害结果,也就是说,行为本身被认为可罚,而不是行为所引起的结果被认为可罚。因此,从法益保护的角度观察,立法者将刑法的防卫线向前推置了。<sup>[13]</sup>

### 4. 罪责功能化

风险刑法突破了传统的罪责理论,以刑事政策的考量取代刑法体系自身的判断基准,构建的是预防罪责论,即将罪责功能化,这是指行为人对其行为负责,是因为有防卫社会安全的需要,没有预防风险的必要,也就可能没有罪责。可见,风险刑法将罪责的意涵从“可非难性”转换为“预防必要性”,归责的过程不再是将特定后果通过归因归咎于行为人的过程,而是为了分配责任的需要而进行归责的过程。因此,行为人无须知道损害,也无须建立起因果关系,只要是自己的风险决定违反刑法的风险规制,即应负起刑法上的法律责任。行为人因为其风险决定而直接归责,归责过程随之也变得简约化。

### 5. 预防积极化

风险刑法实行严格的预防导向,不同于传统刑法以报应为中心,而是以预防为核心,以全面预防代替事后的恢复,因此,风险刑法是一个超越传统人本思考范畴的刑法,被视为“向未来防卫”的刑法。风险刑法的预防观念发生改变,从传统刑法的消极一般预防转为积极一般预防,反映了纯粹预防取向的刑法思维。消极一般预防是指通过刑罚的惩罚和威慑作用的预防,而积极一般预防反映在维护和加强对法律秩序的存在能力和贯彻能力的忠诚上,通过向民众宣示法秩序的不容侵犯,强化民众对法的忠诚和信赖。<sup>[14]</sup>根据积极一般预防理念,刑罚正当性取决于刑法制裁下,使规范被遵守,保持安定的效应。因此,风险刑法关注的是行为人是否违反规范,而非实害的制造,由此而导致形式犯罪(仅违反法规范,而不在意具体法益的损害以及是否存在主观过错)的大量出现。

## (二) 调整刑法功能

刑法是现代法治最重要的组成部分之一,任何一部刑法都有其独特的功能。在风险无所不在的现代社会中,刑法有了重新定位,功能也注定需要调整。在风险社会里,不仅风险的性质正在发生转变,风险的不确定性也愈加突出,这使刑法控制和防范风险的视角发生了很大变化,它更加注重从事前预防的角度而不是从事后惩罚的角度来防范风险。因此,刑法必然要走出传统的罪责刑法的界限,向安全保障刑法<sup>[15]</sup>转变。这种转变的理论基础在于:

[13] 参见林东茂:《危险犯与经济刑法》,台湾五南图书出版公司1999年版,第5页。

[14] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,法律出版社2005年版,第42页。

[15] 所谓“安全保障刑法”是指刑法以提前积极主动的措施,降低危险或风险,保障社会安全。这是一个仅仅针对行为人的风险行为而不是其责任所做出的反应。如果偏离这个功能,必然为社会带来安全的缺位,产生或增加危险或风险。参见前引[8],薛晓源等文。

### 1. 刑法规范主义

刑法规范主义在于通过规范塑造人的行为，保持人们对法规范的忠诚。刑法实质上是行为规范，一般以“禁止”或“命令”的方式来对民众行为加以规范。它规定某种行为的无价值性，也就是告诉人们什么可以做，什么不可以做，从而为人们的行为划定一个界限，在这个界限以内，人们可以自由地行事，不受干涉；如果逾越这个界限，则必须承担相应的后果，以此对民众的行为起规范和指导的作用。可见，刑法实际扮演一个引导性的角色。

刑法不只是裁判规范，更是行为规范。在现代发展快速及多元化、复杂化的社会里，人类不能不依靠刑法去建构更安全的社会，刑法也应该随着时代的变迁而成为一种控制风险的社会规范。人们正在不断地制造风险，刑法不能再对各类巨大风险坐视不理。否则，不但其造成的损失无法弥补，而且人类社会的秩序也难以维持。因此，必须强化刑法规范的宣示作用和规制机能，以维护社会安全。德国刑法学家雅各布斯就认为，刑罚是一种维护法规范的威吓手段，借由刑罚的威吓效应，达到尊重规范的目的，并通过破坏规范者的处罚，强化社会大众的规范意识，以达规范信赖之目的。<sup>〔16〕</sup>

风险刑法正是通过规范将风险标示出来，以法规范界定容许风险的界线，并对于逾越此一界线的风险制造者，予以非难，其意义就在于强势地贯彻刑法规范的行为指导功能。通过刑法规范的引导作用，使社会大众形成规范意识，在社会生产生活中保持高度警惕，并采取适当的防范措施，避免风险的发生，从而实现维护社会安全的目标。

### 2. 刑法功能主义

刑法功能主义是指刑法要实现特定的社会目标，而不是一般地解决刑法的惩罚性问题，因为所有刑法规范的存在都不是为了存在而存在，而是为了某个目的而存在。随着风险社会的到来，国家安全管理方略必将有所调整。就刑法来说，在追求报应的同时，也应关注风险控制，追求报应是刑法的传统功能，而风险控制则是刑法进入风险社会后产生的新的功能。作为国家管理的一种手段，刑法不能无视国家风险控制的需要，刑罚的功能在继承了传统的报应的同时，更加关注风险控制。<sup>〔17〕</sup> 风险社会的刑法不能仅仅是对侵害的被动反应，还应作为风险控制的工具或手段，积极承担起保障社会安全的重任。风险社会风险的巨大威胁决定了刑法的工作重心应有所改变，从事后报应转向事前预防。刑法应从原先仅扮演对于法益侵害的事后处理的角色，逐渐转变为以预防功能为主的主动角色。透过这样的转变，不仅可以通过刑法的象征性意涵，强化刑法行为规范的功能，而且表明刑法的一个重要任务就是防止灾难或不幸，透过灾难或不幸的避免，保障社会的安全。

在现代社会，从法治国向安全国的转变是社会发展的必然趋势，也是社会存在的基础。法治国的理念在于透过保障法的安全性来保障人权，维护人的尊严和自由是其核心思想；而“安全国”的理念在于通过对风险的预防来保障社会的安全与秩序。<sup>〔18〕</sup> 风险刑法正是这一背景下的产物。在风险无所不在的当代社会中，刑法的秩序保护功能注定成为主导。现代国家当然不可能放弃刑法这一利器，它更需要通过有目的的、系统使用刑法实现维护社会安全的政治目标。刑法由此成为国家应对风险的重要工具。<sup>〔19〕</sup>

#### （三）重构归责原则

传统刑法的归责原则建立在因果关系基础之上，但现代科学和现代系统理论的发展，其复杂

〔16〕 参见柯耀程：《变动中的刑法思想》，中国政法大学出版社2003年版，第375页。

〔17〕 参见储槐植：《要正视法定犯时代的到来》，《检察日报》2007年6月7日。

〔18〕 参见前引〔8〕，薛晓源等文。

〔19〕 参见劳东燕：《公共政策与风险社会的刑法》，《中国社会科学》2007年第3期。

性已非以因果关系为基础的归责原则所能圆满解决。为了应对风险,需要建立起新的归责原则。

在风险社会中,在责任归属上的一个重要特点是“有组织的不负责任”。这一概念是风险社会理论中的一个关键概念。它意指在风险出现以后,在处理这些风险的过程中人们总是利用各种制度安排逃避责任。贝克认为,工业社会所提出的用以明确责任的各种制度安排,在全球性风险社会的情况下将会导致完全相反的结果,即在风险社会来临的时候却无法有效应对,难以承担起事前预防与事后解决的责任。在此过程中,谁该真正负责难以查明,而恰恰是那些必须承担责任的人可能逃避责任。<sup>[20]</sup>这种情况实际反映了现代法律制度在控制风险上的制度性失效以及面临的困境。

风险社会的转型为超越传统刑法的归责范畴、重构归责原则提供了机会。在此方面,德国的客观归责理论是有益的尝试。客观归责理论经德国刑法学家罗克辛整理之后,形成了一套三个层次分明的检验结构,即只有在:(1)行为人的行为对于行为客体制造了不被容许的风险,亦即行为违反规范,引起法律所要非难的风险;(2)不被容许的危险导致结果的发生,即风险的实现;(3)这个结果存在于构成要件的效力范围内。此时由这个行为所引起的结果,才可以归责于行为人的行为。<sup>[21]</sup>这意味着不是任何风险都为法律所禁止,只有“制造不为法所容许的风险”才是犯罪构成要件的行为,才能成为客观归责的依据。客观归责理论的创立具有里程碑的意义,它意味着风险概念规范化的成熟,也就是以法规范来对风险进行评价和界定,从而使风险具有规范性意义。

客观归责理论直接回应了当代社会的现实需要,为日渐增加的危险犯构成要件类型预先提供了不法归责基础。<sup>[22]</sup>客观归责理论将风险的理念客观化,也为风险刑法体系的创立作了初步尝试。但是,客观归责理论只能被认为是往风险刑法发展的初始阶段,并不能满足风险刑法的基本要求,因为客观归责理论中的风险实际就是危险,两者不加区分;而风险刑法中的风险与危险是有区别的,风险有其独特性和独立地位。只有将风险与危险加以区分,才能够反映风险刑法与传统刑法不同的特质。

客观归责理论只能解决危险问题,而难以解决风险问题,因此,风险刑法主张一种因应现代科技发展下高度风险社会的伦理学来解决既有归责体系不足的问题,即一个人必须为自身风险抉择行为负起责任。负起责任的依据在于,每个抉择行为都涉及风险评估,风险评估者有责任评估其行动所带来的可避免的风险,并且为此一决定的不确定后果承担其责任。<sup>[23]</sup>这实际上意味着“对风险的决定”,而非“风险本身”作为可罚性基础。因此,风险刑法试图于传统刑法的归责原则之外,建立起独特的归责前提,并以此建立自己独特的归责标准,表现在:

#### 1. 风险的规范化

风险刑法基于自身的理性,划定风险规制的界限,使风险规范化。刑法中的风险不等同于一般生活意义下的风险,而是规范下的风险。风险容许与否在于法规范的要求,而非以风险本身的性质做区分,换句话说,决定归责的不是行为人的不法意志,而是刑法规范的特定要求;不是行为人的法敌对意志决定其不法内涵,而是行为人的行为客观上抵触了的行为准则,为社会秩序所无法容忍。规范的确立,是归责的起点,而归责又以规范效力的预设,建立起正当性。

#### 2. 归责功能化

归责原则具有功能化取向,即依照刑法功能建立起自身运作的界线,具体地说,风险行为的

[20] 参见前引[1],杨雪冬书,第67页以下。

[21] 参见张丽卿:《新刑法探索》,台湾元照出版公司2006年版,第122页。

[22] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第450页。

[23] 参见孙治本:《风险抉择与形而上伦理学》,台湾《当代》2000年第154期。

不法基础是抵触规范，罪责基础是行为人破坏法忠诚的可责意志。风险刑法不以法益受到危害为要件，更不以具体法益的保护作为归责的必要条件，而是以防范风险作为出发点和归宿。在这种情况下，罪责以报应为主转为预防为主，以意志自由为前提的罪责转变为刑罚功能上的需求。

### 3. 因果关系脱钩化

风险刑法是以防范风险为出发点，风险被通过某些特定行为标示出来，并以实施特定行为所产生的象征标示作为刑法发动的条件。在这种情况下，对风险犯的归责，并不需要查明受归责的因与果以及二者间的因果流程，也无须凭借因果关系的联结作为刑法归责的前提，风险行为自身取代因果关系成为归责的联系点。判明因果关系对是否归责无实际意义，风险而非因果关系才是归责的基础，因为即使无因果却仍需归责。可见，风险刑法的归责标准趋向简单化，其归责前提由因果归责转变为单纯的行为归责，亦即特定的结果与行为之间的纽带已被单纯的行为所取代，自然主义为基础的现象被纯粹规范性责任分配所取代。

### 4. 主观要素分离化

风险刑法是要解决现代科技高度发展下风险行为的归责问题，由于风险的不可认识性与不可支配性，以行为人对结果要有故意或过失的主观归责条件难以成立，事实上也无法查明和认定。因为风险的威胁往往是在不知道确切行为者或者威胁发生的原因太过复杂的情况下就突然发生，因此谈不上查明主观要素问题。风险刑法试图从客观构成要件的类型化，解决行为人的归责问题，以取代行为人主观归责要素所起的决定作用。

总之，风险刑法的归责原则是采用风险规范化与因果关系的自然主义化并行的方式，使因果关系、罪过与归责正式脱钩，各自独立，从而建立起一个风险——规范——归责的三者联结结构，即风险与法定行为相连接，经由法定行为确认风险的存在，而风险在行为的意义下与归责产生直接联系从而决定责任的归属。

## 三、刑法应对风险的内在风险

传统刑法向来以法益侵害和罪责作为归责的基础而建立起自己的独特性，从而使刑事责任区别于其它的责任领域。依传统刑法的价值体系，确实没有风险刑法存在的空间，因为任何一种风险立法都可能抵触以法益保护、防止实害为核心的传统价值体系。风险刑法改写了传统刑法体系，与传统刑法的价值体系产生冲突并向传统刑法的基本原则发起挑战。

### （一）风险刑法难以划定明确的处罚界限

传统刑法认为法益损害是犯罪的实质要件，任何犯罪都必然是对刑法保护法益的损害，而保护国家、社会和个人的生活上利益是刑法的基本任务。因此，法益损害与否是判断有无刑事不法的标准，也是刑法赖以存在的正当性基础。而且，法益的种类和重要性还会影响到不法构成要件的法律效果，关系到处罚的轻重。所以，法益实际为行为的人罪化和处罚提供了基本依据。

在风险刑法中，由于不预设法益的内容，将法益由实体化转为抽象化，因而风险行为造成的是不确定范围的法益的损害，无论在客观上或主观上对于法益侵害的内容和范围都难以控制和认定，致使法益的内涵漫无边际，具有高度的不确定性。所以，在风险刑法之下，法益的地位不仅下降，甚至有终结的危险。

风险刑法以一般危险性和预防必要性作为划定可罚性的界限，仅能提供形式化的解答，并未触及问题的实质，也就是说欠缺实质的判断标准。实体法益的消失不仅使刑法的存在失其目的性，而且也难以给自己提供清晰而稳定的可罚性界限。此外，风险刑法以刑法功能的界限取代刑法原有的可罚性界限，也就是以刑事政策的考量取代刑法体系自身的判断基准，同样难以划定一

个合理而明确的刑法干预界限。由此可以看出,建立在功能主义之上的风险刑法体系的内部存有危机,在不预设法益侵害为实质不法的前提下很难建立起自身的价值体系和处罚范围。

## (二) 风险刑法违反刑法谦抑的价值取向

刑法是所有法律中最严厉和最后的制裁手段,刑法的保护范围理应限于对生命、身体和财产的最低保障,从而给予人类基本权利最大的尊重,所以,刑法所应处罚的,原则上应是造成实害的严重不法行为,这是刑法谦抑思想的基本要求。刑法谦抑性已成为刑法的基本理念,成为许多国家刑法的根本主义之一<sup>[24]</sup>,并成为刑事政策的核心内容。为此,在运用刑罚手段抗制犯罪时,基于人道、慎重、宽和的本旨,一般将其限制在最合理和最小的范围之内。刑法的谦抑反映了人们对自由、平等、人权的追求,它决定了刑罚的动用必须限于对社会根本价值和秩序的维护,刑罚对人们社会生活的介入只应控制在维护社会生存发展所必需的最低限度之内。

按照刑法谦抑的思想,首先,刑法虽然是一种社会规范,但其并非全部,不应当介入民众社会生活的所有角落。刑罚惩罚的对象,应限于损害重大法益的行为,并非一切不法行为均须以刑罚加以制裁。其次,刑法是保护法益的最后手段,只有当其它法律不能充分保护法益时,才可适用刑法的保护。刑法仅具最后防卫手段性质,是抗制违法行为的最后一道防线,只有在其它法律手段无效时,才可动用刑法手段。再次,刑法有宽容的一面,如果能够用较轻的刑罚手段抑制犯罪和保护合法权益时,就无需动用较重的刑罚。而且,动用刑罚不应给社会造成过度负担,“如果行为的非刑事指控方法的净收益等于或大于刑事指控方法的净收益,那么,应采用非刑事方式”<sup>[25]</sup>。可见,刑法谦抑要求尽量减少刑罚的运用,限制刑罚触角延伸的范围。而风险刑法的立法方式明显是一种刑罚的前置,不要求任何实害结果,只要求行为人的特定行为。如此不但使行为人更容易入罪,可能不当地扩张刑罚的范围,也与现代刑法谦抑的价值取向相背离。

风险刑法是面对风险威胁而不得不为的一种立法方式,基于刑法是控制风险的工具以及所具有的防范风险的功能,用刑罚前置化来防范风险还是有一定正当性和必要性的。然而,在肯定刑法需要某些刑罚前置化的同时,不应忽略刑法谦抑性的基本精神。在风险社会,如果要杜绝一切风险,势必就要禁止人们从事一切具有风险性的活动,这会阻碍社会的进步,因此是不可能的。现实的选择只能是,既要允许一定程度的风险活动存在,又要防范风险带来的严重后果;既要发挥刑法保护法益的功能,也要发挥一定程度的社会教育功能与规范维护功能。所以,应当在刑罚的前置化与刑法的谦抑性之间找到一个平衡点。一方面,为了应对风险,应当提升刑法的工具性价值,为此可以适当运用刑罚前置化的立法方式;但另一方面,在适用刑罚前置化的同时,不应以牺牲法治保障为代价,仍应秉持刑法谦抑性的基本精神,尽量避免刑罚的不当扩张和矫枉过正。也就是说,虽然可以进行刑事立法处罚风险犯,但应限于合理的范围,只能将一些典型的风险行为纳入刑法规范的可罚性范围。对于现阶段无法把握的,或者可由民事或行政领域处理的风险,都不纳入刑法规范之中,以体现刑法的最后手段性。

## (三) 风险刑法的罪责伦理陷入困境

### 1. 罪责主体迷失

关于罪责,首要的问题是需要有行为主体来为其行为造成的后果承担责任。然而,按照刑法归责的基本思路,对风险来说很难发现和确认责任主体。因为:首先,风险原因具有相关性。在风险社会,人们工作的相关性日益加强,其后果是一方面局部实践的风险结果在大范围内展开,甚至是以“蝴蝶”效应展开,风险程度被大大放大;另一方面,现实的风险后果与其实际诱因之

[24] 参见[日]左伯千切:《刑法讲义(总论)》,东京有斐阁1981年版,第82页。

[25] [美]贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第352页。

间的联系因联系环节的增多而被大大疏远，以致无法确定风险的具体成因，因而也就无法确认责任主体。其次，责任后果具有潜在性。风险社会的风险在时间和空间两个维度上深度发展。从空间上看，本区域的风险可能在其它区域展现；从时间上看，现在造成风险的后果可能在很长时间以后才会出现。因此，现时无法判明有没有风险，更不用说可能造成什么后果，因而无法追究主体的责任。再次，责任具有分散性。风险是由诸多原因综合促成的，在这一过程中，不同类型和不同层次的行为主体都扮演了一定的角色，也就是说，风险是大家共同造成的，任一单个主体都不足以造成这样的风险。此时风险也难以归咎于某个个体。<sup>[26]</sup> 基于上述原因，在风险刑法中是很难确定责任主体的，这也印证了贝克所说的，在风险社会中责任归属上的一个重要特点就是“有组织的不负责任”，最终就是无人承担责任。在迷失了罪责主体的情况下，风险刑法的责任伦理也就失去了其应有的意义。

### 2. 罪责基础错位

在法治国的架构下，传统刑法是以行为人的可非难性作为罪责基础，而风险刑法是以危险源的管控和预防取代可非难性作为罪责基础，以义务违反取代法益侵害作为处罚的基础，这是一种完全有别于传统刑法的罪责伦理，甚至可以说是完全去伦理化。

风险刑法是将行为人当成特定危险源而加以管控，而非将行为人作为道德主体加以尊重，这种纯粹从预防的需求而动用刑法的方式，使罪责的基础发生错位，过度地干预了个人的自由，忽略了对人格权的衡平考虑，如此产生的问题不仅仅是风险刑法能否发挥预防功能的问题，而且是否适合于承担风险管控任务的问题。因为罪责是一种限制刑法适用的工具，如果以预防的需求为罪责的标准，就可能依照预防必要性决定处罚内容，从而与传统罪责原则的价值取向相悖，导致罪责原则虚化。

### 3. 罪责范围过度扩张

在风险社会中，伴随着风险的增加，刑法作一定程度的扩张是应该的，也是可以理解的，但是，风险刑法中法益理念的丧失、以风险管制取代个人伦理上的可归责性以及以风险防范需求决定不法的内涵，也就是将法益理念和罪责原则功能化的结果使得责任范围有过度扩张的危险，其正当性受到质疑。

传统刑法的法益理念为刑法划出了合理的干预界限，实际上也就是限缩了刑法的适用范围；而风险刑法的风险控制理念在于尽可能控制风险，为达到预防的目标，需要提高管制的密度，将刑罚进行扩张和前置，也即扩大刑法的适用范围。

风险刑法企图以法律作为预防风险发生的手段，实行高度管制，有集权化的倾向，所以被认为是警察国家的再现。具体地说，它首先表现在刑法适用的泛滥，为管控风险创设大量新罪名；其次是任意突破刑事责任基本原则的限制，使得这些不受原则指导、杂乱无章的规范建构引发刑法是否是一项失败事业的追问。<sup>[27]</sup> 更严重的是，按贝克的说法，此种情况还构成了对民主的挑战。它包含了一种使预防危险的极权主义合法化的倾向，这种极权拥有预防最坏情况的权力，但以一种非常熟悉的方式产生了某些更坏的情况。它威胁着民主政治体制的持续存在。这一体制陷于难堪的困境：或者在面对系统产生的危险的时候失败，或者通过极权和压迫性的“支持力量”的增加去怀疑根本的民主原则。在已经明显的风险生活的未来，突破这两难选择是民主制的中心任务之一。<sup>[28]</sup>

[26] 参见庄友刚：《跨越风险社会》，人民出版社2008年版，第244页以下。

[27] 参见前引[19]，劳东燕文。

[28] 参见前引[3]，贝克书，第97页。

#### (四) 风险刑法与传统刑法基本原则产生冲突

##### 1. 与罪刑法定原则的冲突

罪刑法定代表着法治社会刑法的内在精神,是法律适用的刚性底线。罪刑法定意味着“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。罪刑法定历经几百年的发展,已经成为现代法治国家刑法的基本原则。罪刑法定主义的旨趣在于限制国家刑罚权的恣意行使,从而保护个人的自由权利。对人权的保障主要体现在对立法权和司法权的限制,即以法律限制权力。罪刑法定主义要求罪刑关系的法定化和明确化,即刑法必须事先把犯罪的构成要件与法律效果明确加以规定,并且达到国民能够预测国家刑罚权的行使范围的程度。

从罪刑法定原则对构成要件明确性的要求而言,风险刑法显然难以通过检验。在罪刑法定原则的制约下,哪些风险需要入罪,犯罪构成要素为何,采取何种制裁手段,以怎样的强度予以保护,都需要通过刑法加以明确规定。风险刑法使得刑法规范成为“行为控制导向”的行为控制工具,这使得刑法转变成为以具体的行为形态界定不法内涵的法律,也就是必须运用“特定行为模式”的客观构成要件要素明确标定其处罚范围。这在立法技术上是否可行存在疑问,面对错综复杂的风险行为如何将其罗列并归类细分?因为风险的核心不是在当下,而是在未来。<sup>[29]</sup>即使硬要将风险定式化,一定会有很大的疏漏。况且风险本身有不确定、无法掌控等特点,这就决定风险刑法的构成要件不可能明确,而在丧失构成要件明确性的情况下,就难以保证刑法的安定性和可预测性,也难以排除司法上对罪与刑适用的恣意性,从而难以保证法律的公正施行。

##### 2. 与罪责原则的冲突

罪责原则是现代法治国最重要的刑法原则之一,意在防止国家权力不恰当地干涉个人权利领域。罪责原则意味着没有罪责就没有刑罚,刑罚也不得逾越罪责的范围。所谓“罪责”,通常是指引发刑事可罚性的评价。德国刑法学家契普夫认为包括三个面向:(1)罪责构成全部刑法的基础;(2)罪责是对个人行为加以非难的必要因素的总体;(3)罪责是法律破坏程度及不法行为的可非难性。<sup>[30]</sup>罪责原则的旨意在于限制犯罪和责任的范围,而不是扩张犯罪和责任的范围。

风险刑法与罪责原则的冲突主要表现在:(1)风险刑法是以未来预防为导向的刑法,刑事政策的考量成为主要依据,将罪责原则建立在刑法的预防功能上,并且以功能罪责为罪责核心,会导致罪责原则的限制国家刑罚权滥用的机能有丧失的危险,最终终结罪责原则。(2)风险往往仅是立法者凭借一般的生活经验,认为某些特定行为具有一定的危险性,必须加以处罚,然而这些生活经验并不一定可靠。德国刑法学家宾丁就认为,如果仅是基于一般经验上认为具有一般性的危险,而将之作为构成要件加以处罚,则此种对于违反形式上规范的刑罚,将失其正当性。<sup>[31]</sup>(3)风险刑法改变了个别化具体的思考模式,要求行为人为法定的抽象事态负责,其结果就可能是为他人的不法负责,而不是为自己的不法负责。(4)归责条件趋于简单。归责的前提由因果归责转变为单纯的行为归责,自然主义为基础的现象被纯粹规范性责任分配所取代。

罪责原则具有刑罚创设机能(刑罚的正当性问题)和刑罚量定机能(刑罚限度问题)。刑罚之所以正当就在于罪责的基础是非难可能性。而风险刑法的罪责基础是预防必要性,这是基于刑事政策考量。政策能够凌驾法治?这是一个不言自明的命题。德国著名的刑法学家李斯特曾说过这样一句名言:“法制是刑事政策不可逾越的藩篱”。刑事政策毕竟属于特定情况下的非常策略,在法治国家强调的是依法治国,而非依政策治国。因此,在法律与政策关系的处理上,法律的权威不容任何动摇,刑事政策的制定和运用不能违背法治的一般原则。因此,风险刑法也应受罪

[29] 参见前引[2],贝克书,第24页。

[30] 参见前引[13],林东茂书,第39页。

[31] 同上书,第41页。

责原则的规制，正如罗克辛所言，在借助刑法与风险作斗争时，必须保护法益关系和其他法治国原则；在无法这么做时，刑法的介入就必须停止。为刑法提供的空间，仅仅是能够把风险决定看成是具体正义之处。<sup>〔32〕</sup>

### 3. 与罪刑均衡原则的冲突

所谓罪责均衡原则，是指刑罚的轻重与犯罪行为的社会危害性程度和犯罪分子应承担的刑事责任的大小相适应，做到重罪重罚，轻罪轻罚，罪刑相称，罚当其罪。<sup>〔33〕</sup>可见，其本质就是罪与刑之间应有适当的比例关系，对不同的犯罪，刑罚一定要有区别，实行区别对待。在刑事法治的背景下，罪责刑相适应意味着犯罪与刑罚之间的对称性与比例性，既反对重罪轻判，也反对轻罪重判，以体现刑罚的公正性。

风险刑法中的风险危害有其特殊性，表现在：（1）传统刑法是以法益所受损害的程度来评定行为的危害程度，通常是以实害作为评定的基础，而风险刑法中的法益抽象化，在犯罪构成中也不要求实害，因而危害难以认定。（2）风险是现代高科技的产物，对于高科技如环境污染、核辐射以及转基因生物引发的危害，往往超越常规，在许多情况下都超出了人们现时的认识能力和水平，因而无法测定。（3）风险引发的后果往往大大滞后，具有很长潜伏期，甚至在几代人以后才出现，因此不仅要考虑行为的直接、立即的后果，还要考虑行为的远程效应。（4）风险往往由多人引起，大多数是组织行为，如果仅追究其中某个个人的责任，实际上就是让其代他人受过，显失公平。

因此，风险刑法的罪刑关系很难建立。在责任人和危害结果不明的情况下，如果法定刑配置仅仅是建立在政策之上，单纯地以预防风险为目标，就可能会规定过重的刑罚，这与实际难免会有很大落差，在损害与刑罚之间出现明显的不对称，影响公正性。公正是“社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。”<sup>〔34〕</sup>风险刑法作为一种防范风险的工具，其实际运作涉及到对公民基本权利的影响，因而公正也必然成为风险刑法的价值追求。在这一点上，风险刑法和罪刑均衡原则应当是一致的，风险刑法的运用也应有其底线，必须符合最基本的公平、正义的原则。逾越这样一个界限，刑罚效果只会适得其反，刑法功能也不会实现。

## 四、结 语

风险刑法是因应社会的变化而产生的。它试图在传统刑法体系之外，创设一种新的刑法范式以解决和防范风险问题。从客观现实来看，它并不能构成对传统刑法的全方位替代。因为首先，传统刑法所标榜的诸种价值观念，如平等、自由、权利、尊严等等仍然是人类追求的基本价值，这些仍然构成诊断和解决社会问题的基本参照框架。其次，传统刑法可以解决以实害为基础的绝大多数犯罪，风险刑法显然做不到。因此，在风险社会里，传统刑法仍应作为整个刑法体系的主干部分。

但是，面对风险社会的降临，传统刑法也不应抱残守缺，固守传统的疆界，而是要作出相应的调整和恰当的反应，因为其既有的法益理念已无法应对风险的要求，无法因应向未来作防卫的实际需求，面对高科技下的风险也无法发挥刑法预防功能。因此，在风险社会，可以采用传统刑法与风险刑法并存的方式，以弥补传统刑法在功能上的不足和责任追究上的漏洞。为此，可以以传统刑法为轴心来构建刑法规范体系：传统刑法作为核心部分，具有稳定的核心内涵；风险刑法

〔32〕 参见前引〔14〕，罗克辛书，第19页。

〔33〕 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第30页。

〔34〕 [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第1页。

则作为补充并以传统刑法的内涵为基础，各自有不同的任务与功能，两者互相支持，共同达成维护社会秩序和安全的目标。

风险社会为理解现代刑法提供了重要视角，同时也为反思现代刑法提供了重要的理论工具。综观中国社会，随着现代化程度的不断提高，市场化进程的不断推进，整个社会已经不再是传统的常态社会，风险与日俱增，传统的刑法已无法适应当代社会的需要，刑法面临严峻挑战，以刑法为手段向未来防卫应是社会发展的必然趋势。

---

---

**Abstract:** Risk criminal law results from the coming of risk society. The risk society not only offers a new visual angle for understanding and mastering modern criminal law, but also provides an important theoretical tool for re-thinking traditional criminal law. Risk criminal law tries to establish a new model of criminal law to prevent and solve risks beyond traditional criminal law.

The normalization and functionalism of criminal law become the theoretical basis of risk criminal law. The former emphasizes to model people's activities through norms in order to keep people loyal to laws and norms. The latter emphasizes that criminal law plays a more active role in preventing risks in order to maintain the safety and order of society. Risk criminal law is substantially different from traditional criminal law. It establishes a new paradigm of criminal law, adjusts its functions, changes the principle of liability imputation, re-constructs the constitutions of risk crimes and prepositionally uses punishments.

Risk criminal law transforms the value systems of traditional criminal law, thus brings about some risks and dangers. Firstly, it launches challenge to the basic principles of traditional criminal law. It has conflicts with the principle of legality, the principle of criminal responsibility and the principle of proportionality. Secondly, it splits the system of values of traditional criminal law. Its boundary of punishment is quite indefinite because it takes the necessity of preventing risks rather than the infringement of legal interests as the basis of punishment. Thirdly, it changes the principle of liability imputation, so it may excessively expand the scope of criminal responsibility.

In short, equality, freedom and rights advocated and pursued by traditional criminal law are still regarded as the basic values. Therefore, risk criminal law can not completely replace traditional criminal law, and it should be a supplement to make up for the weaknesses and loopholes of traditional criminal law. In other words, traditional criminal law and risk criminal law should co-exist. They support each other to realize the goals of maintaining the order and safety of society.

**Key Words:** risk, risk society, risk criminal law, traditional criminal law

---

---