

风险刑法的理论错位

胡彦涛

内容提要:近年来,风险刑法成为刑法学界的新宠,讨论异常热烈。遗憾的是,无论是风险刑法的支持者还是反对者都对风险社会理论所言的“风险”存在不同程度的误解。尽管刑法所打击的“危险”同风险社会理论中的“风险”在人为性、未来性、延展性上存在相同之处,但二者也在合法性、两面性上存在很大的差别。因此不能将“危险”和“风险”二者简单等同,刑法也不能因打击“危险”而演变成“风险刑法”。在风险社会理论中,风险并非人们谈之色变的恶魔,恰恰相反,风险是获取更高安全标准的钥匙,风险社会亦非真实的社会形态,无法成为刑法理念变迁的社会背景。换言之,风险社会理论不能成为风险刑法正当性的理论基础。

关键词:危险 风险社会 自反性现代性

胡彦涛,华南理工大学法学院博士研究生。

引言

以《公共政策和风险社会的刑法》^[1]一文为标志,风险刑法成为我国刑法学界的新宠。其后,关于风险刑法的争议和讨论在中国刑法学者之间进行得如火如荼。根据支持与否,可以将不同观点的学者区分为三方:一是积极支持者,二是谨慎支持者,三是坚决反对者。风险刑法的积极支持者认为现代工业和技术革命改变了当前社会,无处不在的风险已经深入人们生活中的各个角落,世界整体已经进入风险社会。但是传统刑法仅从规范内部考量危险与罪过,容易使刑法与社会变迁脱节。为了维护社会的安全,刑法应扩大危险犯范围,将打击对象前置化和扩大化,要将支持和维护社会秩序的“公共政策”作为刑法体系构造的外在参数,设法控制不可预的、会导致不合理类型化危险的风险。“刑法由此成为对付风险的重要工具,刑法不再为报应与谴责而进行惩罚,而主要是为控制风险

[1] 劳东燕:《公共政策和风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期。

进行威慑”。因此论者提出以“创造安全”的风险刑法取代传统刑法,即刑法应该更加积极地参与风险防御与社会控制,从而提出刑罚早期化。风险刑法体系应包括“立法拟制”在内的八项刑法制度技术。^[2]

也有论者认为,在风险社会下,那些在未来时刻可能承受不利后果的人,同样有权利主张对该威胁发生的高度或然性采取预防措施。风险刑法针对的是威胁整体基本安全(尤其是新型技术领域)的行为,个人对风险的无知不再因为缺乏违法性认识而被免责。风险规制主动出击,对风险制造要素进行事前的规制和调整,并尽量公平地分配风险。^[3]刑法规范应该充分发挥一般预防功能以安抚国民,刑法要肩负起“创造安全”的任务。^[4]“风险呈现的时间滞后性、发作的突发性和超越常规性”,使得风险“一旦转化为现实将造成不可估量的、延续世代的、难以恢复的侵害后果”。因此,为了应对这种情况,“在行为人实施具有一般危险性的行为时,刑法就应当介入”。^[5]

风险刑法的谨慎支持者认为,应对风险社会的来临需要将安全作为刑法的基本价值,应该将刑法打击前置。不应该排斥风险刑法,但应该以较为谨慎的态度进行论证。高铭喧教授主张风险刑法不是不可能的,但是应该论证刑事立法的正当性问题,风险刑法至少要解决两个前提:一是如何在立法中把握犯罪化与非犯罪化的界限,二是如何在立法中把握犯罪性质的界限。^[6] 陈兴良教授在较早的一篇文章中认为可以用“风险刑法”来应对风险社会提出的挑战,但也要坚持刑法谦抑原则。^[7] 还有论者认为,“风险社会其实距离中国并不遥远”,但刑法的谦抑性要求对某种危害社会的行为,只有运用民事的、行政的法律手段和措施仍不足以抗制时,才可以动用刑法的方法,“风险社会的刑法只是社会安全的最后一道阀门,但并非解决安全问题的最佳方案”。^[8] “在风险社会,可以采用风险刑法与传统刑法并存的方式”。^[9]

风险刑法反对者所持理由各不相同,有的学者的反对理由是建立在对传统刑法精神和原则的坚持上;有的则直接批评风险社会理论的不足。有论者对风险社会理论本身提出了质疑,认为贝克等人夸大风险的存在,其错误之处在于消融了公民和国家的界限,必然导致公民的自由和权利在风险社会来临时对国家的权力做出让步。^[10] 有学者认为风险社会不是社会的真实状态,人为风险被明显夸大,但却忽略了科学技术在降低风险(饥饿、疾病、航海等方面)上的作用。^[11] 尽管承认工业时代的风险具有新的特点,但是论者

[2] 参见劳东燕:《公共政策和风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期。

[3] 参见程岩:《风险规制的刑法理性重构——以风险社会理论为基础》,《中外法学》2011年第1期。

[4] 参见吕英杰:《风险社会中的产品刑事责任》,《法律科学》2011年第6期。

[5] 参见苏彩霞:《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》,《法商研究》2011年第4期。

[6] 参见高铭喧:《风险社会中刑事立法正当性理论研究》,《法学论坛》2011年第4期。

[7] 参见陈兴良:《“风险刑法”与刑法风险:双重视角的考察》,《法商研究》2011年第4期。后来陈兴良教授观点发生了转变,转而批评风险刑法。参见陈兴良:《风险刑法理论的法教义学批评》,《中外法学》2014年第1期。

[8] 参见郝艳兵:《风险社会下的刑法机制观念及其立法实践》,《中国刑事法杂志》2009年第7期;田宏杰:《“风险社会”的刑法立场》,《法商研究》2011年第4期。

[9] 陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期,第63页。

[10] 参见董泽史:《风险刑法错位论》,《国家检察官学院学报》2011年第6期。

[11] 参见张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,《法商研究》2011年第5期。

仍然认为从传统社会开始人类社会一直都处于“风险社会”。风险社会理论只是风险刑法赖以生存的外部条件和动因,并没有为风险刑法提供正当性基础。同时刑法的“最后法”特点导致其不是应对风险的优先选择。^[12] 还有学者明确反对风险刑法理论,认为风险社会理论语境中的风险是全世界政府联合也难以应对的,国内某些学者望文生义将风险解释为危险、威胁、危害、危难,是对风险社会理论的误读。^[13]

有的学者已经认识到风险刑法有泛化“风险”一词的可能,着重从“风险”一词的真正含义批评风险刑法。认为风险社会下的风险“是一种混合了现代政治、伦理、媒体、科技文化以及人们的特别感知而形成的,针对现代文明制度,科技发展所展开的社会、生态风险而展开的风险”。指出风险刑法混淆了传统社会的风险和风险社会下的风险,刑法对传统社会的风险进行提前打击是错误的,违反了刑法的谦抑原则、罪刑法定原则。^[14] 也有论者认为风险社会理论的风险是特定的,可能只包括生态危机、全球经济危机和跨国恐怖主义。这些“具有毁灭性的全球风险”同风险刑法论者所言的“风险”是不同的。风险刑法根本无法化解风险社会之风险,因为“风险社会之风险在古典工业社会的制度和框架内具有不可控性”,因此“风险刑法理论在刑事立法上的扩张是无效的,法益保护无论如何前置,也无法超越民法、经济法、行政法等前提法的制约”,“风险刑法在刑事司法上是无效的,刑事司法的扩张不过就是在提高一些刑罚的威慑力”。^[15] 还有一些学者也都认为风险刑法混淆了不同性质的“风险”,从而对风险刑法提出了批评。^[16]

我们不否认刑事立法应该致力于解决社会中所存在的问题,但是刑法的改革理念应该得到充分的讨论和必要的批评,只有如此才能使得刑法不至于过分冒进。国内很多学者对风险社会理论的理解存在误差,将刑法中的“危险”和风险社会所言的“风险”混为一谈。因此风险刑法的支持者以“有很多风险”或“风险越来越多”为由展开自己关于风险刑法的研究和学术讨论并不合适。

部分批评风险刑法的学者已经认识到了风险刑法对风险存在认识上的误区,这些误区使得风险刑法的理论基础并不牢固。本文在此基础上更进一步,将刑法条文中出现的“危险”和风险社会理论所言的“风险”进行对比,继续批评风险刑法的理论错位。同时本文亦致力于从“现代性”的理论高度讨论风险社会的真正含义,为刑法学界反思、澄清“风险刑法”理论提供必要的理论支持。

一 风险社会理论的产生及含义

(一) 风险是理性的伴随物

欲讨论刑法中的“危险”和风险社会理论所指“风险”的异同,首先要回顾风险社会理

[12] 参见于志刚:《“风险刑法”不可行》,《法商研究》2011年第4期。

[13] 参见刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,《法商研究》2011年第4期。

[14] 参见黎宏:《对风险刑法观的反思》,《人民检察》2011年第3期。

[15] 参见南连伟:《风险刑法理论的批判与反思》,《法学研究》2012年第4期。

[16] 参见陈兴良:《风险刑法理论的法教义学批评》,《中外法学》2014年第1期;夏勇:《“风险社会”中的“风险”辨析》,《中外法学》2012年第2期。

论在我国的传播轨迹和主要观点。风险社会理论主要代表人物包括乌尔里希·贝克、安东尼·吉登斯以及斯科登·拉什,其中贝克是风险社会理论的开山鼻祖和主要论述者。国内风险社会理论的研究肇始于2001年,首先是贝克的《自由与资本主义》、安东尼的《失控的世界》在国内翻译和出版。2004年后,以《风险社会》为代表的更多风险社会理论著作被翻译和介绍进来。首先引起社会学者的广泛关注和讨论,随后部分法学学者特别是刑法学者和侵权法学者开始关注和讨论风险社会理论。

风险社会理论反思了工业社会带来的负面作用,警告我们不要在现代科技面前过于乐观,呼吁重新发现被现代性忽略的风险,以“风险”的重新发现为推动现代性的契机。风险社会理论认为当前社会是一个“失控的世界”,^[17]“第一次现代化所提出来的用以明确责任和分摊费用的一切方法手段,如今在风险全球化的情况下将会导致完全相反的结果”。^[18]“风险”在风险社会理论中有着较为独特的内涵,能够使我们保持清醒和进一步提升控制风险的方法和标准,而并非对现实生活造成实际侵害的危险。但相当一部分学者对风险社会理论存在误读,将原本内涵深厚的风险社会简化为“风险越来越多的社会”,而不加甄别地以讹传讹更使得已被异化了的的风险社会理论呈几何级数的传播。

基于风险的基础地位,贝克在不同场合都强调了风险。但贝克言下的风险具有两种不同的涵义,一种是传统社会下的风险,一种是现代社会下即风险社会所言的风险。贝克在不同场合分别使用上述两种涵义上的“风险”,对研究风险社会理论造成了一定程度上的困扰。这可能也是很多学者对风险概念产生误解的原因之一,^[19]所以要注意根据语境和上下文区分风险的不同涵义。可能也正是认识到贝克在两个涵义上使用风险概念容易引起读者的误解,吉登斯将风险区分为外部风险和被制造出来的风险,^[20]外部风险指的是传统社会下的风险,被制造出来的风险即是风险社会理论所指的风险。

关于传统社会下的风险,贝克谈到“显然人们已经开始认识到风险的存在和它的危害性了。诸如气候灾害、突发疾病,特别是不久前在中国发生的SARS及英国的疯牛病”。^[21]在这里,气候灾害、流行性疾病从人类社会一诞生就威胁着人类,当属传统社会下的风险无疑。同样,贝克还谈到“风险至少是伴随着工业社会的产生而产生的,甚至可能在人类社会自身刚刚诞生时就已经出现了”,^[22]此处的风险也只能指传统社会下的风险。传统社会下的风险一直伴随着人类的历史,这可能也是有些学者误以为人类从传统

[17] [英]安东尼·吉登斯著:《失控的世界》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第3页。

[18] [德]乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯著:《自由与资本主义》,路国林译,浙江人民出版社2001年版,第143页。

[19] 郝艳兵教授在《风险社会下的刑法机制观念及其立法实践》(《中国刑事法杂志》2009年第7期)一文的脚注2中谈到,“此处所指的‘风险’并非贝克所提出的风险社会理论中的‘风险’,而是一种广义上的风险”,说明作者已经注意到风险是有两种含义的。

[20] [英]安东尼·吉登斯著:《失控的世界》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第22页。

[21] 薛晓源、刘国良:《全球风险世界:现在与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克访谈录》,《马克思主义与现实》2005年第1期,第44页。

[22] [德]乌尔里希·贝克:《从工业社会到风险社会(上篇)——关于人类生存、社会结构和生态启蒙等问题的思考》,王武龙编译,《马克思主义与现实》2003年第3期,第26页。

社会开始一直都处于“风险社会”的原因。^[23]

而贝克在更多场合上使用的风险社会中的风险“是个指明自然终结和传统终结的概念。或者换句话说,在自然和传统失去他们的无限效力并依赖于人的决定的地方,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,从而控制住不可控制的事情,通过有意采取的预防性措施以及相应的制度化措施战胜种种(发展带来的)副作用”。^[24] 一般来说,风险社会所言的风险具有更基础性的理论地位,也是理解风险社会理论重要的钥匙。^[25]

工业社会前,对人类的威胁主要来自于自然产生的风险。随着工业革命的开展和科技水平的提高,传统社会中威胁人类生存的某些因素被克服。但随着工业社会的发展,风险社会理论所言的风险却与科技如影随形日趋壮大。现代科技在给人类社会带来极大便利的同时,也给人类社会带来有害的、难以弥补的“副作用”。例如大面积地使用除草剂会造成农作物积累对人体有害的成分,避孕药可能会导致妇女生育系统受到损害或胎儿畸形等。这些风险可能被现代科技视为工业生产的副作用,经过社会认可的程序被“合法化”。政府和专家通过制定安全标准而将这些风险宣布为对身体无害的“可接受水平”。因为“在可感知的财富和不可感知的风险的竞赛中,后者不可能取得胜利”。^[26]

风险社会所言的风险正是在对政府和专家制订标准的“反思”中得到的,风险是人们对未来的某件事可能会发生的判断。^[27] 经过反思,人们认为“必须告别这样的观念,即行政机关和专家总能够准确地了解对每一个人来说什么是正确和有益的”。^[28] 因为即便是某个行业的专家所提供的意见也只是一种可能性,不可能实现真正的零风险,更何况存在“每一个利益团体都试图通过风险的界定来保护自己,并通过这种方式去规避可能影响到他们利益的风险。风险的紧迫性和存在随着不同的利益和价值而变化不定”。^[29] 科学与利益集团的可能“寻租”更加深了这种危机。在灾难面前不堪一击的核电站危机就是极好的例证。所以贝克说“风险直接与反思性现代化的概念相关,风险可以被界定为系统地处理现代化自身所招致的危险和不安全感的方式。风险与早期的危险相对,是与现代化的威胁力量以及现代化所招致的怀疑的全球化相关的一些后果,他们在政治上是反思性的”。^[30]

风险不是来自理性,而是来自理性在谨慎思考和周密控制之后仍然考量不到的地方,这些超越理性的地方才是风险社会所言风险的来源。换言之,风险社会所说的风险已经

[23] 参见于志刚:《“风险刑法”不可行》,《法商研究》2011年第4期。

[24] [德] 乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯著:《自由与资本主义》,路国林译,浙江人民出版社2001年版,第119,121页。

[25] 本文若无特殊说明,“风险”一词一般指的是风险社会理论所指的风险,而非传统社会下的风险。

[26] [德] 乌尔里希·贝克著:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第50页。

[27] 贝克将此状态表述为失去信任、还未毁灭。参见[德] 乌尔里希·贝克著:《世界风险社会》,吴英姿、孙淑敏译,南京大学出版社2004年版,第175页。

[28] [德] 乌尔里希·贝克、[英] 安东尼·吉登斯、[英] 斯科特·拉什著:《自反性现代化——现代社会秩序中的政治、传统与美学》,赵文书译,商务印书馆2001年版,第38页。

[29] [德] 乌尔里希·贝克著:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第31页。

[30] [德] 乌尔里希·贝克著:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第19页。

超出了人类理性的认知范畴,无论人们做出何种努力都无法实现对它的完全避免。而囿于当前的科技水平,或利益集团的可能“寻租”,政府和专家制定的安全标准其实也并非绝对安全,依然存在风险。甚至可以说,风险社会理论所言的风险是理性的必然产物和附属品,人类的每次创新都必然伴随着新的风险,理性不可能事无巨细地考虑和去除所有不确定因素。

(二)“风险社会”的真实含义

风险社会建立在对现代性的反思和批判之上,通过对隐藏于现代社会制度和科学技术水平之下的风险的反思来实现“现代性的现代性”,这一机制也被贝克称为“自反性现代性”。按照学者的研究,^[31]该词语包含了自我反驳、反思、诠释学循环三个方面,这是一种现代性的自我反驳、自我对抗,对抗自我的东西隐藏于自身本身,伴随着自身的壮大而壮大,壮大的开始也是自身开始溶解的信号。“‘自反性现代化’指创造性地(自我)毁灭整整一个时代——工业社会时代——的可能性,这种创造性毁灭的“对象”不是西方现代化的革命,也不是西方现代化的危机,而是西方现代化的胜利”。^[32]现代性在解决问题的同时又制造了新的潜在风险,在风险社会下,人们逐渐开始破除对于科学和现代性的迷信,从对科学的盲目信仰到发现科学的缺陷。通过对生存状况和可能遭遇的重新认识,社会实现了从“简单现代化”到“反思现代化”的转变,而“从简单现代化向反思现代化的转变也意味着风险社会的来临”。^[33]

无论贝克如何表述,“现代性的现代性”、“第二次现代性”、“自反性现代化”,风险社会的概念都表达了一种人们对现代性或现代化的反思。风险社会是一种哲学视角,而非真正的风险增加。只有人们开始反思工业社会的弊端,才算进入风险社会。因此风险社会具有自反性和积极性的特征。风险社会具有自反性是说风险社会中人们已经开始自我反思自我批评,认识到有很多风险和不确定性隐藏于现代性之下。贝克认为工业社会的繁荣背后也隐藏着足以毁灭人类文明的风险。“换言之,风险社会也是一个具有自我批评倾向的社会”。而风险社会与工业社会的不同就体现在对风险的反思和认知之上。“在这个新阶段中,进步可能会转化为自我毁灭,一种现代化削弱并改变另一种现代化,这便是我所说的自反性现代化阶段”。^[34]

国内有些学者谈风险社会色变,将风险社会片面地理解为“风险越来越多的社会”,但这其实是对风险社会的误读。同国内很多学者的负面理解不同,贝克等人所言的风险社会还有积极性的特征。在风险社会中,认识到之前被忽略的风险,人们才会“提高安全标准,建立决策机制和安全举证机制,以此来明确具体的负责人,从而使决策者-责任者

[31] 刘岩著:《风险社会理论新探》,中国社会科学出版社2008年版,第50页。

[32] [德]乌尔里希·贝克、[英]安东尼·吉登斯、[英]斯科特·拉什著:《自反性现代化——现代社会秩序中的政治、传统与美学》,赵文书译,商务印书馆2001年版,第5页。

[33] 刘岩著:《风险社会理论新探》,中国社会科学出版社2008年版,第67页。

[34] 参见[德]乌尔里希·贝克、[英]安东尼·吉登斯、[英]斯科特·拉什著:《自反性现代化——现代社会秩序中的政治、传统与美学》,赵文书译,商务印书馆2001年版,第6,16页。

透明化、具体化”，^[35]只有如此才有可能进一步降低风险，将原本不可控的事情变得可控。“应当看到，风险概念和风险社会这一现代化的基本思想，使不可预见（工业社会下）的后果可以预见，使我们本来无法控制（工业社会下）的事情变得可以控制”。^[36]这就是风险社会的积极性：不在工业社会所取得的成就面前自满和骄傲，而是进一步努力降低和控制风险。同时风险社会还涉及到风险分配的问题，因为无论人们如何努力都无法完全消灭风险，而只能分配风险，“风险社会指现代性的一个阶段；在这个阶段，工业化所产生的威胁开始占主导地位。这就提出了发展的自我限制问题以及从潜在的威胁出发对已获得的（责任、安全、监督、灾害控制以及灾害后果的分摊方面的）标准进行重新制定的任务”。^[37]这就使普通人也认识到风险，参与到风险分配的讨论中，而不被专家和知识精英排除在外。

贝克认为风险社会不是现代性的失败，而是现代性高度发达的结果。风险社会是现代性的必然附随品，而重新发现风险使现代性更上了一个层次。贝克明确指出，风险社会“并非现代化危机的产物，而是现代化成功的产物……反思性现代化不是意味着更少而是意味着更多的现代化，一种针对古典工业构建的道路和范畴而被激进化的现代性”。^[38]“在这个阶段，风险意识已被普遍接受，因此进步意识原则上已经被打破……风险感觉紧跟着进步的喜悦，就像影子跟随光一样，这就是说，人们一想到事物积极的一面，同时就会联想到风险即表面上看不见的东西”。^[39]风险社会是说人们的风险意识已经苏醒，逐步认识到风险普遍存在于我们的生活和社会中，开始质疑看似“安全”的各种东西。风险是“安全”的必然伴随物，只要有“安全”的地方就必定会有风险。但是风险只是认识世界的一把钥匙，是砥砺社会进步的苦口良药。如果仅仅将目光聚焦在经过视角转换所发现的风险之上，那么我们距离风险社会尚有非常远的路要走。因此某些学者认为人类社会一直处于风险社会的论断是不恰当的。^[40]

不过对我们造成困扰的是，贝克是在两种意义上使用“风险社会”一词。例如，贝克在谈到中国问题时说，“当代中国因巨大的社会变迁正步入风险社会，甚至将步入高风险社会”，^[41]此处我们根据上下文的语境和风险社会具有反思性特征可以得出此处的“风险社会”是“第一种风险社会”即“风险越来越多的社会”。但在大多数场合下，贝克还是使用狭义上的风险社会。在贝克看来，风险社会是“第二次启蒙”。在第一次启蒙中，作为

[35] 薛晓源、刘国良：《全球风险世界：现在与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克访谈录》，《马克思主义与现实》2005年第1期，第45页。

[36] [德]乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯著：《自由与资本主义》，路国林译，浙江人民出版社2001年版，第165页。

[37] [德]乌尔里希·贝克、[英]安东尼·吉登斯、[英]斯科特·拉什著：《自反性现代化——现代社会秩序中的政治、传统与美学》，赵文书译，商务印书馆2001年版，第10页。

[38] [德]乌尔里希·贝克著：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第9页

[39] [德]乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯著：《自由与资本主义》，路国林译，浙江人民出版社2001年版，第161页。

[40] 参见于志刚：《“风险刑法”不可行》，《法商研究》2011年第4期。

[41] 薛晓源、刘国良：《全球风险世界：现在与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克访谈录》，《马克思主义与现实》2005年第1期，第48页。

主角的科学和理性战胜了宗教而使人们的思想和社会得到一次大解放,而第二次启蒙使人们认识到现代性的风险而将科学拉下了神坛。“核物理学家们对核裂变的政治后果震惊之时就是这种风险社会的诞生之日。这场震惊曾导致一场关于自身的启蒙运动,并引起了反思”。^[42]

通过发现风险,我们会重新制定安全标准和划定责任承担方式,以便尽可能将风险控制可在可预料的范围。这是风险社会理论最大的启迪。因为在风险社会中,正是认识到了之前被“合法化”的风险,人们才会重新考虑安全的标准和意义。与大多数后现代主义不同,风险社会理论除了对现代性进行批判和解构之外,还试图寻求人类未来的出路。正如拉什所指出的那样,贝克和吉登斯其实是想通过对风险的反思和诠释,明确界定和防范风险的措施和方法,在更高层次上建立制度性和规范性,从而实现对已经察觉到的风险进行有效的控制。^[43]在评价贝克和吉登斯的观点时,拉什说“贝克和吉登斯……还提出了一整套从结构上来说更为民主化的制度,这种制度能够应对现代社会进步过程中所造成的负面效应和继续产生新的风险”。

贝克认为随着风险社会的来临,个体因为参与风险管理的需要而重新参与到社会治理中。因为风险社会下没有“他者”,每个人都可能成为风险的受害者。这就要求所有社会成员进行“第二次启蒙”,将人们从对现代性的盲目崇拜中解救出来。为了避免出现“有组织的不负责任”,有必要对界定风险的科学安全标准进行反思,打破科学对权力的垄断,实现科学理性和社会理性的良好互动。吉登斯在此基础上进一步强调,无论现代性的问题如何严峻,人们也不可能退回到原始生态环境,而只能在现代性的基础上使生活“道德化”。尽管贝克和吉登斯都认为自己所构建的制度和规范仍然会带来新的风险,不过这种制度和规范至少已经让风险相关方参与到了制度的建设中。

二 刑法“危险”和风险社会之“风险”的异同

刑法中的“危险犯”是和“实害犯”相对应的概念,指的是行为人的行为只要引起刑法所保护的客体处于一种刑法上明文规定的危险状态即构成既遂的犯罪,包括具体危险犯和抽象危险犯两种类型。危险犯的设立是对法益保护早期化的必然回应,有助于实现刑法一般防御功能。而对于何为“危险”或者“危险”的本质究竟是什么,理论界的讨论略显单薄且尚未达成一致。不过可以肯定的是,危险是一种根据科学视角和社会大众的一般生活经验认为刑法所保护的法益处于负面的、可能会遭到破坏的危急状态。如《刑法》第117条的破坏交通设施罪就是这样一种危险状态:“破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑”。本文无意陷入对危险的

[42] [德]乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯著:《自由与资本主义》,路国林译,浙江人民出版社2001年版,第164页。

[43] 参见[英]斯科特·拉什:《风险社会与风险文化》,王武龙译,《马克思主义与现实》2002年第4期。

本质或概念等问题的讨论,而只是力图分析刑法中所规定的“危险”同风险社会理论所言的“风险”有何异同,如果二者具有相同的特征,那么以风险社会理论作为基础的风险刑法就可能是正确的;如果二者至少在一个特征上有不同,那么二者在本质上就存在差异,国内法学理论界所言的“风险刑法”就是错误的,该理论也就不能成立。国内很多学者对于风险社会理论所指的风险的特征都有所讨论,^[44] 本文将在在此基础上做进一步的比较研究。

(一) 危险和风险的相同之处

1. 危险和风险都是人为制造出来的

刑法所打击的危险具有人为性,是人的意志通过一系列的行为所制造出来的。法律调整和规范的都是人的行为,刑法当然也不例外。“危险犯的危险状态是危害行为造成的”,^[45] 危害行为必定是人的危害行为。而那些并非由人的行为所造成的危险并不受刑法调整,如闪电有时也会对人的身体健康造成一种不利的危险,这种危险就不受刑法的调整。

风险社会理论所言的风险也是人为制造出来的,是在人们改造和征服自然的过程中产生的。在工业社会下,人类应对传统社会下的风险的能力增强,但这个过程也是风险社会所指的风险日益积累的过程。例如,航天技术的发展,使我们可以登陆月球,但航天飞机上一块涂料的脱落就会导致机毁人亡。正如上文所说,“在自然和传统失去他们的无限效力并依赖于人的决定的地方,才谈得上风险”,^[46] 吉登斯也指出,我们可以认为,在所有传统文化中、在工业社会中以及直到今天,人们担心的都是来自外部的风险,如歉收、洪灾、瘟疫或者饥荒等,然而在某个时刻,我们开始很少担心自然能对我们怎么样,而更担心我们对自然所做的。这标志着外部风险所占的主导地位转变成了被制造的风险占主要地位。^[47]

2. 危险和风险都是对未来的一种可能判断

危险是对未来趋势和可能性的一种判断,是针对尚未发生实害性结果的负面评价。危险犯和实害犯的最大不同之处就是后者已经实际上侵害了刑法所保护的法益,而危险犯是行为人的行为所造成的状态在未来可能会侵害法益。威尔兹尔认为危险是依据客观或者专家的判断,人们所不期望发生的灾害性结果的一种不确定“状态”。^[48] 换言之,行为人的行为所造成的危险状态是对未来的一种判断,而这种对未来状态的可能威胁就已经达到了刑法所规定的既遂标准。

[44] 例如,劳东燕:《公共政策和风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期;郝艳兵:《风险社会下的刑法机制观念及其立法实践》,《中国刑事法杂志》2009年第7期;南连伟:《风险刑法理论的批判与反思》,《法学研究》2012年第4期;刘岩著:《风险社会理论新探》,中国社会科学出版社2007年版,第58-61页。

[45] 鲜铁可:《论危险犯概念与特征》,《法律科学》1995年第4期,第29页。

[46] [德]乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯著:《自由与资本主义》,路国林译,浙江人民出版社2001年版,第119页。

[47] 参见[英]安东尼·吉登斯著:《失控的世界》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第23页。

[48] 转引自郑明玮:《论刑法中危险犯的“危险”》,华东政法大学博士生论文,2014年第90页。原文表述晦涩,本文作了重新梳理。

风险意识的核心也在于面对未来,那些已经发生的灾难、事故都不属于风险而是灾难,风险必须是指向未来,表达对未来某事发生的可能性。例如核电站爆炸,在爆炸之前我们尚能讨论其风险,而在这之后我们只能说灾难或灾害。根据论者研究,^[49] 贝克将风险的概念做了八点总结,其中第二条是“风险是指充满危险的未来,与事实相对,成为当前行为的一个参数”。“这里必须存在一种已经发生的破坏结果和潜在的风险之间的区别。在第二种意义上,风险主要表现了一种未来的内容”,^[50] 在风险社会中,人们反思和提高安全标准的目的是为了**避免风险在未来真正的发生**。因此风险扭转了过去、现在和未来的关系。以往人们做出某种判断的依据是依靠经验,而现在人们做出某种判断的依据则变成未来的风险。

3. 危险和风险在空间上都有延展性

尽管在程度上有着一定的差别,危险和风险都必须在空间上有延展性。犯罪是侵犯法益的行为,刑法所打击的也只能是行为,因此危害行为是犯罪构成要件客观方面的必要内容。既然行为是“基于人的意志实施的客观上侵犯法益的身体活动”,^[51] 那么这种身体活动必然外化于人的身体而对周边的物理环境、社会环境造成相当的影响,因此危险就必须在空间上具有延展性。“放火罪”就是如此,行为人的纵火行为必然要在客观上引起了火势的蔓延,对公共安全造成了威胁才构成放火罪。

风险社会理论认为借助于现代物流和信息沟通网络的方便和迅捷,风险不再局限于一城一域,任何一种风险都有能力超越时间和空间的限制。吉登斯将这种特性表述为通过“时空分离化”而实现的“脱域”机制,所谓脱域“指的是社会关系从彼此互动的地域性关联中,从通过不确定时间的无限穿越而被重构的关联中‘脱离出来’”。^[52] 这种“脱域”机制一方面借助象征性符号将信息通过相互交流的媒介传递出去,如借助股票的交易表达了股权的变化,另一方面使得我们对社会的信任更加依赖于专家系统,如我们所驾驶的车辆是否安全,完全取决于设计专家、制造专家以及各种检验机构的检验等。

(二) 危险和 risk 的不同之处

1. 危险和 risk 的合法性

危险使得刑法所保护的法益处于不稳定的负面状态,具有社会危害性。因此无论是科技还是一般人的社会常识都对危险持否定态度,希望尽量避免危险的产生。典型的是生产、销售不符合标准食品罪,该罪中的危险就是“不符合食品标准,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的”,即食品安全标准对这种危险是不可容忍的。无论是在当前的社会制度还是一般人的社会常识中,危险都不具有合法性。

但 risk 就不是上述这种情况了,无论是科学、政治还是法律都赋予了这种 risk “合法性”的外衣。工业社会为人类创造了大量物质财富的同时,也隐藏了足以毁灭社会的 risk

[49] 参见周战超:《当代西方风险社会理论引述》,《马克思主义与现实》2003年第3期。这里有一个对 risk 的误解,“火山喷发”是一种传统社会下的 risk,而非现代 risk 社会中的 risk。

[50] [德] 乌尔里希·贝克著:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第34页。

[51] 张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第145页。

[52] [英] 安东尼·吉登斯著:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2011年版,第18页。

险,只不过这种风险在工业社会的制度框架内变得不存在。风险与科技同时产生,是科技在“阳光下的阴影”,紧跟着科技的脚步亦步亦趋。贝克指出,“文明的风险一般是不被感知的,并且只出现在物理和化学的方程式中”,“风险,首先是指完全逃脱人类感知能力的放射性、空气、水、食物中的毒素和污染物,以及相伴随的短期和长期对植物、动物和人的影响,因而也可以是被随意建构的”。^[53] 风险的未知性,导致人们不能通过感官感知和进行计算,甚至风险是否会发生都无法确定。^[54] 即便是专家所提供的也只是可能性的意见,因此关于风险的界定可以被随意的建构和否认。

风险和财富一样,也是需要分配的,对风险的分配涉及到不同利益和利益主体的争论,“每一个利益团体都试图通过风险的界定来保护自己,并通过这种方式去规避可能影响到他们利益的风险。风险的紧迫性和存在随着不同的利益和价值而变化不定”。^[55] 那些掌握了风险界定权力的科学家、医生、政府机构和大众媒体拥有关键的地位,因此这些风险很容易被论证为科技的“副作用”,如果人们想要享受现代科技所带来的便利和财富,就必须接受科技带来的“副作用”。同时专家通过设定一些“可接受的值”对某些风险进行“消毒”。例如专家通常会告诉你家具中甲醛的安全标准,而实际上即便是符合安全标准的甲醛也可能对身体有害。由此风险的分摊出现了“有组织的不负责任”,处于弱势地位的人们只能独自承担工业社会的负面结果。更为甚者,很多时候科学是失灵的,无法对一些问题做出是否有风险的判断,诸如转基因食品、预防流产的药物 DES(乙炔雌酚)、石棉等。

2. 危险和风险的作用不同

危险之所以不具有合法性,就是因为它对法益仅仅有消极作用,对社会的发展没有任何促进作用。行为人的行为产生了为社会所不允许的危险,这种危险对于社会来说有很大的负面作用,因而以保护法益为目的的刑法必须禁止这些危险的发生,否则整个社会发展和秩序都会受到破坏。

尽管人们通常更容易将风险看做贬义词,风险意味着将来发生某种灾难性后果的可能性,所以一谈到风险人们的心理总是会蒙上一层阴影。不过风险社会所言的风险也有开拓性的一面,“工业社会所造成的不确定性并不必然造成混乱或灾难。更确切地说,不可计算的不确定性(incalculable uncertainty)还可以成为创造性的一个来源,亦即成为允许意外情况和实验新事物的理由”。^[56] 贝克认为风险甚至还具有“启蒙的功能”。风险社会所指的风险是一个没有“他者”的世界,每个人都可能成为风险的受害者,如空气污染。风险会使之前彼此陌生甚至对抗的团体联合起来共同致力于风险的解决。吉登斯也认为,“风险一方面将我们的注意力引向了我们所面对的各种风险——其中最大的风险是我们自己创造出来的;另一方面又使我们的注意力转向这些风险所伴生的各种机会。

[53] [德] 乌尔里希·贝克著:《风险社会》,何博闻译,译林出版社 2004 年版,第 10,20 页。

[54] 这也是张明楷教授批评风险社会理论的原因之一。他认为风险是虚拟的,风险社会也是虚拟的。

[55] [德] 乌尔里希·贝克著:《风险社会》,何博闻译,译林出版社 2004 年版,第 31 页。

[56] [德] 乌尔里希·贝克:《风险社会与中国——与德国社会学家乌尔里希·贝克的对话》,邓正来、沈国麟译,《社会学研究》2010 年第 5 期,第 209 页。

风险不只是某种需要进行避免或者最大限度地减少的负面现象；它同时也是从传统和自然中脱离出来、一个社会中充满活力的规则”。^[57]

三 危险与风险不能混淆：对风险刑法相关研究的批评

如上所述，风险社会所言的风险有着丰富的内涵和特殊的语境，为生活在工业社会中的人们提供了独特的反思视角。切诺尔贝利核电站事故、英国的疯牛病似乎正好印证了风险社会理论的正确性，因此风险社会理论在西方引起了巨大的反响。随着中国的不断发展，工业社会的弊端逐渐浮出水面，如高铁事故、环境污染、物种减少，因此风险社会理论受到了中国学界的重视。但是有些学者不加甄别和区别地使用“危险”和“风险”两个具有不同特性的词语，使得风险社会理论在讨论中被异化和曲解。风险社会理论所言的风险被泛化、误读使得我们的研究出现了较为严重的偏差。

（一）对风险刑法支持者的批评

风险社会的风险使得刑法无从规范和打击，即便是抽象危险犯下的危险也不等同于风险社会所指的风险。因为抽象危险犯下的危险对法益的侵犯和公共秩序的危害是相当明显的，人们基于感官或常理就可以感受到这些危险的紧迫性。而风险社会所指的风险具有合法性的特征，被当代的科技、政治和法律制度认可，被科技视为工业的副作用而被忽略和否认。例如高铁作为现代科技的产物，存在着威胁公共安全的风险并且已经被某些事故所证明。不过科技和社会制度仍然继续给高铁颁发“合格证”并极力证明其安全性，对将来的可能风险选择了忽视，这种“合法的”、被“消毒”过的风险才是风险社会所言的风险。故而，风险社会所指的风险或者超越于理性，或者被现代科技和制度所庇佑，刑法是无从打击的。风险刑法或者更精准地说以风险社会理论作为理论基础的风险刑法是不具有合理性的。

我们必须重视“风险”和“危险”这两个词的差异，有学者认为“风险更接近一个中性词，而危险则具有明显的否定性含义。因此，在法所允许的含义上使用风险一词更为贴切，在法所不允许的含义上使用危险一词也是合适的”。^[58]再以生产、销售不合格食品罪为例，如果行为人所生产、销售的食品不符合国家标准、行业标准，且又足以造成食物中毒，那么这种行为所导致的状态就是刑法所要打击的“危险”。然而，转基因食品就是风险社会所言的“风险”。在评价转基因食品是否安全的问题上，国家标准、行业标准、科学技术都已经失灵，不能对转基因食品是否会对人体产生不利影响做出判断，因此刑法对转基因食品根本没有打击的正当性。风险既有消极的一面，更有积极的一面。如果我们在制定安全方案的时候考虑到风险的存在从而在行动方案中提前预防，那么风险可能成为促进行动安全的媒介。例如高铁事故中所暴露出的信号灯、刹车系统所存在的风险正是提高高铁安全性能的动力。

[57] [英]安东尼·吉登斯著：《第三条道路：社会民主主义的复兴》，郑戈译，北京大学出版社2000年版，第66页。

[58] 陈兴良：《风险刑法的法教义学批判》，《中外法学》2014年第1期，第109页。

国内一些学者认为风险社会是一个风险越来越多的社会,而这明显同原本具有自反性的风险社会的含义是不同的。作者认为自己的研究是一种“描述性”,意在通过描述刑法理论的变迁史来论证刑法理念是随着社会的发展而不断变化的,进而为当前风险社会下的刑法变动提供正当性基础。^[59]但遗憾的是,风险社会理论并不能成为论证风险刑法合理性的基础。尽管风险社会理论要求我们进一步提高安全标准来控制风险,但这种控制风险的手段更多是技术标准而非刑法标准。因为风险社会所称的风险已经超出了人们的理性考量,人们无法通过思考来避免。对这种风险的发生,行为人不仅主观上没有积极追求或放任发生,甚至无法通过经验和理性思考进行预料,针对此种情景,刑法如何能够予以打击呢。例如核电站的风险就是典型的风险社会所言的风险,即便被现代科技认为安全系数极高的核电站,也无法排除未来发生核泄漏、核爆炸的可能,但显然不能运用刑法对核电站的发明、生产、运营进行打击。退一步讲,即便是通过法律手段控制风险,也应该运用民事法律或者行政法律,刑法固有的谦抑性使得其必须保持足够的克制。刑法的定罪原则强调主客观相一致,在主观上,行为人只有存在罪过的情况下才能追究其刑事责任。如果行为人既没有故意,也没有过失,如何追究其刑事责任,又怎样通过刑法手段去控制其风险呢,难道要在风险刑法中推行严格责任原则。刑法的理念确实应该根据社会的变化进行调整,但是根据社会的变迁调整刑法理念是一回事,而将原本内涵不同的词语混同使用就是另外一回事了。

还有论者认为,风险规制主动出击,对风险制造要素进行事前的规制和调整,其目的不是要根除或被动的防止风险,而是主动控制不可预知的、会导致不合理危险的风险,并尽量公平的分配风险。^[60]风险分配应该是民事法律、行政法律所考虑的事情,重新确定安全标准也应由科技解决。如果对于风险的产生不具有故意或过失,在主观上就不符合犯罪的构成要件。

中国很多学者将贝克等人的风险社会理论作为正当性基础可能是受到德国一些刑法学者的影响,包括罗克辛、雅各布斯和金德霍伊泽尔教授。这些德国学者的著作中多少都有“风险”或者“危险”等字眼的出现,有的还出现了贝克“风险社会”的有关论述。不过这些学者所关心的是在当前标准下如何进一步提升刑法创造安全的能力,而并非直接将控制风险作为未来刑法改革的方向。因此有学者正确指出“可以说,除了‘环境风险’外,我国刑法学者论述的其他风险都与贝克的‘风险社会’没有直接关系,他们不过是传统风险在现代社会有所增长罢了”。^[61]有学者也批评道,“论者对风险社会的理解,实质上已经将风险社会中的风险置换为传统社会生活中所谓的‘危险’,突破了风险社会的特定语境,在逻辑上有偷换概念之嫌”。^[62]

[59] 参见劳东燕:《风险社会于变动中的刑法理论》,《中外法学》2014年第1期。

[60] 参见程岩:《风险规制的刑法理性重构——以风险社会理论为基础》,《中外法学》2011年第1期。

[61] 夏勇:《“风险社会”中的“风险”概念辨析——刑法学研究中“风险”误区之澄清》,《中外法学》2012年第2期,第258页。

[62] 利子平、石聚航:《我国风险刑法理论研究中的三大理论误区》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2013年第4期,第113页。

(二)对谨慎支持风险刑法观点的批评

谨慎支持风险刑法的观点和积极支持者的论证基本相同。这部分学者对风险社会也存在着同样的误解,例如论者认为对风险社会的定义是“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展造成严重威胁,而人类对此又失去掌控的一种状态”。^[63]这显然是将风险社会简单等同于“风险越来越多”、“风险越来越严重”,忽略了原本意义上风险社会最为明显的特征——自反性,但又与该论者随后谈到的“风险社会是一种反思性社会”不一致。

这部分学者对风险刑法持谨慎态度的原因恰好也成为我们反对风险刑法的部分理由,例如有论者认为的风险刑法难以确定明确的处罚界限、违反刑法谦抑原则、罪责理论陷入困境等等。而陈兴良教授态度的转变也反映了风险刑法的理论错位。在其2011年的一篇论文中,^[64]认为在刑法领域应该坚持罪刑法定原则、责任原则等才能化解风险刑法所带来的刑法风险。但在其更近的一篇论文中则对风险刑法进行了全面的批评,也认为“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性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……风险刑法没有对此进行深入且充分的论证,而是建立在主观臆想的基础上”。^[65]应该说陈兴良教授观点的转变还是很有启发性的,其较为客观全面地介绍了风险社会理论中的风险概念和特征,将风险社会理论和学界所流行的风险刑法做了切割。笔者认为随着对风险社会理论的深入研究,我们对风险刑法理论错位的认识会越来越深入。

(三)对风险刑法批评者的建议

很多学者对风险刑法提出了质疑或者批评,但遗憾的是很多批评都是从刑法原则角度展开的,而并没有对风险社会理论进行更加深入的挖掘,这就使得批评不够彻底。而本文对于风险社会理论的全面深入介绍也将为风险刑法的批评者提供些许裨益。

也有学者^[66]对风险社会理论进行了直接的批评,认为风险增多是源于心理、社会、文化、体制、媒体宣传等原因,因此认为“‘风险社会’并不一定是社会的真实状态,而是文化或治理的产物,不当将‘风险社会’当作刑法必须做出反应的社会真实背景”。风险社会理论中的风险确实具有未来性,只有在面对未来的不确定时才会有“风险”一词。一旦这种不确定性变成实际危害,那就已经成为“灾难”。风险社会确实不是真实状态,而是我们通过视角转化重新发掘被现代性所隐蔽的风险,再以风险为动力寻求更可靠的安全标准。换言之,提升安全标准才是风险社会理论的最终目标,不应该为风险社会理论带给我们的风险而焦虑,因为这些风险正是我们前进的动力。南连伟批评风险刑法的论文较为系统,^[67]但也仅仅将焦点聚集在风险刑法所言的“风险”和风险社会理论的风险不

[63] 陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期,第52-53页。

[64] 参见陈兴良:《社会风险与刑法规制:“风险刑法”理论之反思》,《法商研究》2011年第4期。

[65] 陈兴良:《风险刑法理论的法教义学批判》,《中外法学》2014年第1期,第103页。

[66] 张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,《法商研究》2011年第5期,第83页。

[67] 参见南连伟:《风险刑法理论的批判与反思》,《法学研究》2012年第4期。

同,容易让人误以为风险社会理论主要是研究风险的,而忽略了风险社会理论建构性的一面。

那么,风险社会是否真的与刑法无关。风险社会的目的是重建安全标准。可能在如何重建安全标准方面,刑法的确无从发力,但一旦安全标准得到重建,该标准的维护却完全可能和刑法有关,例如环境犯罪就是建立在新的安全标准之上。在此意义上,风险社会是否同刑法有一定关系呢?为了回应这种可能的质疑,本文将危险做一个较为粗略的类型划分:一般危险和科技危险。一般危险是根据一般大众的生活常识就可以感知和判断出的危险,如破坏交通设施罪;而科技危险是根据当前科技水平制定的安全标准识别出来的:如果高于安全标准就是安全的,低于安全标准就是不安全的。科技危险是包括法律在内的社会制度对危险的一种拟制,而这种拟制会随着社会和科技的进步而发生变化,之前安全的事物会变得危险,而之前危险的事物会变得安全,可见安全标准是划定危险的标准。当然法律制度对科技危险的拟制是有合理性的,因为食品、药品、环境等安全标准是在过去反复实验、测试之后制定出来的,是从过去的事实中归纳出来的。科技只能将过去事实归纳出的安全标准,作为判断危险与否的标准。刑法欲打击危险,需要客观的标准以区分什么是危险,安全标准就是区分危险的标尺。危险不具有合法性,就是说危险已经被当前的安全标准所否定。重建安全标准之后,之前所讨论的风险就变成了客观化的危险。此时刑法对根据安全标准识别出的危险进行打击以维护安全标准是适当的。而本文所强调的是“不符合安全标准的恰是危险,而非风险”。打击危险的刑法被称为风险刑法,岂不是令人费解。

比如,环境犯罪中安全标准是识别危险的标尺,不符合环境安全标准的是危险而不是风险。刑法维护的是环境的安全标准,打击的只能是不符合环境安全标准的危险。而环境犯罪中的风险来自哪里呢?是对环境安全标准的反思,认为即便是符合环境安全标准也依然难以实现零风险,进而推动环境安全标准的进一步重建。因此环境犯罪恰恰说明了风险刑法的不适当性,而不是相反。

那么,运用法律规制以防止危险的发生,是否表明危险也具有积极性呢?还是从一般危险和科技危险视角来作分析。科技危险是依照当前科技水平设定安全标准的,符合安全标准的就是安全的,否则就是不安全的。如果最先进的科技都认为是安全的,那还怎么改进呢?因此科技危险不具有积极性。而一般危险能否运用法律等手段来防止呢?答案是否定的。放火罪、投毒罪、投放危险物质罪所带来的危险一般大众都能感知,法律具有预防犯罪的功能,但却不能保证所有人不犯罪。因此无论是科技危险还是一般危险,法律都不能完全防止,就是说危险不具有积极性。同时提前发现危险、制止危险是人的主观能动性,同危险客观上的负面性不是同一回事。风险是一种“失去信任,实害可能发生”的状态。如果采取措施起码可以在未来降低实害发生的可能性。制止危险发生仅仅是单次的,而降低风险则对未来一系列的同类型状况都有效。

风险社会理论实际上是一种科技哲学,要保持一种科技上的持续进取,而不能自满于当前社会文明所取得的成就。风险是对未来趋势的一种判断,会因为不同的认知主体而发生很大的变化,难以形成一致的客观标准。而危险必须能够依据一致的客观标准识别

出来,如此才存在被刑法调整的可能。

结 语

风险社会理论在对当前社会解构的同时,也为问题的解决开出了建构的处方。因此风险社会理论本身具有丰富的内涵,只有将其纳入整个现代性理论体系的考量之中才能获得较为清晰的认识。在风险社会理论中,风险并非恶魔,而是获取更高安全标准的钥匙,风险社会亦非真实的社会形态,它无法成为刑法理念变迁的社会背景,也不是现代刑法所调整的对象。换言之,兼具解构和建构理论特点的风险社会理论不能为风险刑法提供正当性基础。当然,笔者无意否认我国学者对学术理论的有益探索和引进国外先进理论的热情,只是想表明:以风险社会理论为背景讨论风险刑法问题,却使用着和原本意义上大相径庭的风险概念,不能不说是一大遗憾。概念是讨论学术理论问题的逻辑起点和坚实基础,但如果概念混淆或者背景不明,必然无法得出正确的结论,所有的研讨都是徒劳无益的。古人云:“失之毫厘,谬以千里”。正如学者所指出的那样:“很多人望文生义地通过将‘风险社会’中的风险解释为危险、威胁、危害、危难等类似的语词,再挟以社会危害性理论,使得具有特定意义的‘风险社会’理论中的风险概念泛化为无所不在的具有某种危险或危害的概念,从而即令真正反驳或赞成真正‘风险社会’理论的学者无法与之对话,也使‘风险社会’理论在中国发生了严重的变异”。^[68]

[**Abstract**] In recent years, Risikostrafrecht has become a hot topic among criminal law scholars in China. But unfortunately, both supporters and opponents of Risikostrafrecht have certain misunderstandings about the term “risk” in the Theory of Risk Society, because they confuse “risk” with “danger”. Although the “danger” combated by the criminal law and the “risk” in the Theory of Risk Society share such commonalities as artificiality, futurity, and ductility, they differ considerably in legitimacy and duality. Therefore, “danger” should not be simply equated with “risk”, nor should the criminal law be equal with the “risk criminal law” merely because it combats “danger”. In the Risk Society Theory, risk is not a demon at the mention of which people turn pale. On the contrary, risk is the key to higher safety standards. Risk Society is not the real social form and can not be turned into the social backdrop of idea change in criminal law. In other words, the Risk Society Theory can not be the basis of the legitimacy of Risikostrafrecht.

(责任编辑:王雪梅)

[68] 刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,《法商研究》2011年第4期,第29页。