

□ 刑事法研究

风险刑法下的法益保护

吕英杰

【摘要】风险刑法是对风险社会的制度性回应，运用刑罚对抗具有典型危险的违法行为这一趋势不可逆转。风险社会下，为了一般预防目的并且为了弥补民事手段与行政手段在遏制风险方面的无效，有必要扩大法益保护范围，增设普遍法益，简单地以最后手段性与谦抑性为根据否定法益扩张并不可取。在不侵犯个人自由的前提下，也有必要适当设立抽象危险犯以保护国民的安全感、信赖感。

【关键词】风险刑法；法益保护原则；抽象危险犯；普遍法益；安全感

【基金项目】国家社会科学基金项目（10CFX027）

【收稿日期】2012-01-29

【修回日期】2013-05-10

【作者简介】吕英杰，厦门大学法学院讲师，法学博士。（厦门 361005）

社会学家对当今社会的经典描述是由科技化大生产所导致的“风险社会”，为了应对风险社会的到来，德国刑法学者提出了“风险刑法”（*Risikostrafrecht*）的概念。^① 风险刑法相比传统刑法，更加强调刑法的预防机能（特别是一般预防机能）而不是报应机能，认为刑法不仅是事后的法益保护法，也是事前的风险控制法，这被称为“刑罚的积极主义”^{[1]2}。但是，“风险刑法”本身也蕴藏着刑法的风险（*Gefährdung des strafrechts*），过于追求安全的刑法可能并不安全。反思风险刑法与传统刑法的关系正成为东西方刑法学的共同热点话题，需要反思的内容很多，风险刑法下如何理解法益保护原则、如何更好地进行法益保护就是其一。

一、风险刑法下法益保护的变迁

风险刑法下法益保护的变化表现为两个方面：法益保护提前和法益内容扩张。

（一）法益保护提前

传统刑法以法益保护为原则，犯罪构成多以实害犯及具体危险犯为模式。但基于后现代社会风险的不可预测性、不可计算性、不可防范性的特点^{[2]1-3}，人们无法根据对以往事件的认知积累而有规律地把握风险发生的模式、频率与结果，科学、理性、经验在面对后现代社会的风险时会经常失效或者无法充分应对。人们在不安全感、无助感的驱使下唯一的办法就是未雨绸缪，预防性地提前使用刑法，“法益保护早期化”因此成为风险刑法的标志性特征。法益保护早期化集中体现于抽象危险犯、持有犯、预备犯的增加，其中，持有犯也表现为抽象危险犯。^②

尽管造成法益保护提前的原因很多，并不一定都与风险社会有关，被害人运动以及媒体的作

^① 德国刑法学家 Prittwitz 在其 1993 年的《刑法与风险》一书中第一次以专著的形式探讨了“风险刑法”。参见 Roxin:《德国刑法总论》（第 1 卷），王世洲译，北京：法律出版社，2005 年，第 19 页。

^② 如我国《刑法修正案（八）》新增了危险驾驶罪（第 133 条之一）、持有伪造的发票罪（第 210 条之一）。

用都是其中的原因,而且抽象危险犯也不是直到风险社会才出现的现象,所以不能把抽象危险犯的增加视作风险刑法的标志^[3],但在传统刑法中抽象危险犯只是特例。被害人运动、媒体的渲染并不可能导致大规模地抽象危险犯立法,抽象危险犯集中性地大量增加是风险社会才出现的现象。我们不能否认,以抽象危险犯的普遍增加为标志的法益保护提前是风险刑法的最重要特征。

(二) 法益内容扩张

法益保护提前与法益内容扩张是紧密联系在一起,可以说后者是前者的表现之一。但这里考虑到环境法益的特殊性,所以予以单独论述。传统法益表现为对“人”的生活利益的保护,但风险社会下环境生态的普遍恶化促进了环境刑法的产生。环境刑法的法益内容尚在争论之中,大体上可以分为以人的生命、身体、财产作为法益的观点和以生态本身作为法益的观点。^{[4]1-23}前者努力维持传统刑法以个人为中心的立场;后者则认为法益可以扩展到人的生存环境,环境并非附属于人,而是人生存的基础。

最早的环境犯罪立法可以追溯到1899年美国的《废弃物法》(Rrefuse Act)^[5],其大规模的环境犯罪立法开始于20世纪70年代。这一时期,有关大气、饮用水、海洋、土地等的保护法案相继出台,被称为美国“最具革新性的环境保护的十年”^{[6]1-81}。德国也在1980年第十八次刑法修订时在刑法典中专章规定了环境犯罪,内容涉及水质、大气、土壤、噪音污染,非法处置、使用废弃物、核设施、放射性物质,危害需要保护的区域等。日本刑法典虽然没有专章规定环境犯罪,但环境刑法规范也大量存在,规范特点也与德国类似。下文就以日本为例,分析环境刑法的若干特征。

第一,以危险犯特别是抽象危险犯为主要形态。例如《废弃物处理与清除法》规定的未经许可搬运、收集废弃物(第7条、第8条),《食品卫生法》规定的不卫生食品的生产、销售等(第6条)等。

第二,过失造成环境侵害的也规定为犯罪,不仅规定了过失结果犯(如刑法典第211条业务上过失致死伤罪),还规定了过失危险犯(如“公害罪法”第3条第1项)。

第三,多以违背行政法规为前提,有时还将违背行政义务的行为直接规定为犯罪。行政义务内容广泛,有旨在事前预防的义务,也有旨在事后挽救的义务。例如,事前的记录、检查、报告与获准许可等义务,事后的中止行为、恢复原状、变更、改善等义务。^①对于违反上述义务的行为不仅处罚自然人,还可能处罚法人。

第四,刑罚规定方式由间接罚转向直接罚。根据犯罪行为的成立是否以行为人不遵从行政命令为前提,可以划分为直接罚和间接罚。在20世纪70年代之前日本环境刑法多采用间接罚,即首先要接受政府机构的更正或者改善命令,只有违背了该命令时才动用刑罚,但之后以《水质污染防治法》和《大气污染防治法》为契机,规定只要超出了排污标准值即可直接进行处罚。

之所以环境刑法呈现上述特征,首先是由于环境法益本身日益凸显其重要性,不能待发生了人身伤亡、财产损失再加以规制。此外,刑事诉讼上因果关系证明的困难也是非常现实的原因。因此,从立法技术上,环境刑法规范越来越偏向选择行为犯、抽象危险犯。

二、对法益保护变迁的质疑与回应

虽然法益概念在刑法体系中得以确立不过是19世纪后半叶以来的事情,但实质上自有原始

^① 相关规定可参见日本《大气污染防治法》、《水质污染防治法》、《海洋污染防治法》、《废弃物处理与清除法》、《核原料物质、核燃料物质及原子炉规制法》、《自然公园法》、《自然环境保全法》等。

刑罚以来,“刑罚不能不为防卫法益服务,因此,说刑罚的历史是人类法益的历史也不过分”^{[7]34}。在当今世界刑法学范围内,也几乎没有人不同意法益保护原则,无论是主张行为无价值论或者主张结果无价值论。因此,风险社会的问题不在于是否坚持法益观念,而在于法益的内容是什么,法益的范围有多大,什么样的法益可以交由其他部门法去规范,什么样的法益必须由刑法来保护,从而检讨风险刑法对抽象危险犯(含持有犯)、环境犯罪等的规定是否超出了刑法应该管辖的范畴。

显然,上述犯罪所侵害的均非个人生命、身体、自由及财产法益,而是与公共利益密切相关的“普遍法益”(或“集体法益”)。普遍法益,以“制度保护”及“对制度的信赖保护”为基调,内容主要包括:公共安全、经济制度、环境整体等。因此若与传统刑法相对比,“自由主义的古典模式,就有法律保障的国家而言,法益的现实基础是在市民社会中创立的,以对抗公的制度为前提”,而与之相反,“对预防国家而言,所应该保护的法益则大部分是国家财本身,即体现为与国家、公制度安排有关的社会构造、组织综合体与机能”。^{[8]17}风险刑法对普遍法益的保护体现了刑法的秩序建构功能及安全塑造功能,即通过刑法手段来建构、塑造一个平稳、安定的制度体系,并维护国民对该制度体系的信赖。但是,人们不禁会质疑:第一,风险刑法对普遍法益的保护是否会造成过度的犯罪化,从而导致法益保护原则实质上落空?第二,风险刑法下,刑罚扩张处罚范围是否违背刑法的最后手段原则与谦抑性原则?

(一) 质疑一与回应

关于质疑一,以环境犯罪为例,在美国大规模的环境犯罪立法运动之后,20世纪90年代开始出现了不少关于环境立法“过度犯罪化”的批判。其理由集中在:1)会导致犯罪所具有的道德烙印减少,刑事制裁只应该用于最值得非难的行为,不能为了平复公众的愤怒或抑制潜在的违反者而使用;2)会产生侵犯人权的危险,导致形成官僚的、权威主义的国家;3)与民事赔偿以及行政制裁相比,刑罚不仅成本高,而且效果不佳,应该使用行政法或者民法上的替代措施。^{[6]100}其中,第一点理由是基于刑法的道义根据;第二点理由是基于法治国原理;第三点理由是基于刑罚在司法实践上的无效果或低效率。在同时期,德国以Luderssen和Hassemer为代表的刑法学家也提出了反对环境犯罪的主张,他们明确表示,应该放弃刑法和其鄙视人类的制裁方式,以一部较轻的、然而同时的确较有效率的干预法来加以运作^{[9]109},根据是“人道主义”原则与对“道德市场的信赖”^{[9]110}。上述德国学者与美国学者在反对环境犯罪的态度上相当一致,这对于尚未正式开始环境犯罪立法的我国而言丝毫不会感到意外^①,因为我们基本上也秉持着同样的理念。然而,刑法规定环境犯罪与抽象危险犯就是无人道的,会违背法益保护原则吗?笔者并不赞同。

第一,在后工业社会,企图通过道德拘束来避免犯罪动机是不可能的。后工业社会并非是一个道德的世界,后工业社会的人,也不外乎是一群理性的利己主义者和纯粹的享乐主义者^②,不能对其寄予高度的道德期许。道德虽有直指人心的力量,但不成文、多元化的道德规范不应作为

^① 我国刑法典第338条规定的污染环境罪以造成严重环境污染为必要。

^② Schünemann对后现代社会的人与后现代社会的具体描述如下:后现代社会,只是躲在空洞的个人自我实现的面具之后,实际上不外乎是在一个非常无人道的世界中,从消费与资本主义之间、享乐主义的娱乐强制与排挤文化之间所得出的一个不成熟的混合物。后现代社会的人,一般而言既不是由宗教也不是由绝对的道德要求所引导,他们不是规范利他主义者,也不是行为利他主义者,而是一个理性的利己主义者,并且因此是一个纯粹的享乐主义者。参见【德】Schünemann《从下层阶级刑法到上层阶级刑法》,许玉秀、陈志辉编《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台北:新学林出版有限公司,2006年,第111页以下。

社会统制的主要手段，否则要么流于形式主义，要么陷入专制主义，要么失于理想主义。刑法规范与道德规范虽然渊源很深，但是随着行政犯大量增加且正在成为犯罪的主流，刑法规范的国家统制痕迹要明显胜于道德烙印。同时，随着社会的规范化程度越来越高，民法规范意识越来越强，刑法规范与道德规范愈加融合在一起，刑事犯罪与道德违反的界限也愈加模糊，此时认为刑法只处罚那些最值得非难的道德烙印深的行为就是不切实际的。适当的做法应是：以“理性人”假设为前提，主要通过法规范（包括刑法规范）对于利益分配进行规制，在面对生态环境这样的普遍利益时，为避免每个理性人的集体非理性，则更不应将是非主要交给道德去评判。

第二，民事赔偿无法达到抑制犯罪的目的。1) 风险刑法中的行为主体通常是企业，而对于企业尤其是跨国性的企业集团，民事赔偿、行政罚款往往无关痛痒。因为，一方面，企业通常已经从市场行为中谋取了巨额利润，即使承担了赔偿责任仍然能保有相当的收益，更何况现代企业早已把可能承担的赔偿数额列为必要的经营成本，在产品生产之际即已将其纳入成本与收益的核算当中。另一方面，现代企业责任保险制度也足以让这些企业从巨额债务中脱身。^① 2) 民事诉讼的冗长与民事赔偿的局限无法产生一般预防的效果。大多数情况下，犯罪人可以通过一个蓬勃发展的企业来获得保护，他可以静静等候是否最终会进入民事诉讼程序，而其因民事诉讼而承担的费用也远低于其刑事犯罪活动中所获得的整体利益。^{[9]110} 同样，民法上低度的制裁额度也无法避免一个精于计算的违反者再次犯罪，其只可能对于有道德拘束的人才会产生保护法益的效用。^{[9]110}

第三，以行政手段代替刑罚也不可行。行政法上吊销执照等手段不足以阻止违法行为的再次发生或对一般公众产生预防的作用，因为现代公司制度下，被剥夺经营资格的公司可以很容易地更换存在的形式，只要有足够吸引人的利润空间，违法行为仍然会继续。但刑罚则不同。首先，罚金刑可以弥补行政罚款的不足。作为浮动刑的罚金刑可以与企业利润相挂钩，随着企业利润的高低而上下浮动：企业因犯罪行为获得的利润越多，其社会危害越大，则罚金数额也相应越多。通过罚金刑的运用可以抑制犯罪人的贪利动机。其次，自由刑带来的痛苦更是远超过犯罪带来的快乐，可以对犯罪人发挥威慑作用，使犯罪人以及潜在的违反者产生避免犯罪的合理动机。所以，运用刑罚保护普遍性法益不是犯罪的过剩化，而是在其他手段不足以保护法益、预防违法的场合，将该法益交由刑法保护，符合法益保护原则的要求。

而且，大量使用行政手段不仅达不到抑制犯罪的目的还会导致行政权的膨胀。欲使行政法具有高效率，则必须聘用大量的监督官员，但这很可能会达成复兴警察国家的效果^{[9]110}，而这一效果恰恰偏离了上述美国学者反对环境刑法的第二个理由。但也有学者持完全相反的意见，认为西方国家的轻罪与违警罪属于我国治安管理处罚的范畴，不应效法他国将本来的行政违法行为规定为犯罪（如危险驾驶罪），因为这些罪名已经在我国相关的行政法规中有所规定。^[10] 这种见解的实质是要将刑法限缩至核心地带，即“核心刑法”，非核心部分交由其他法律规范规制。这虽然符合了刑罚限制原则，但却大大扩张了行政权，强化了以行政权为主导的权力分配体制。^② 在我

① 现代社会保险业的发达使得企业很多情况下都能够通过保险合同而免于损失，涉及的险种如产品责任险、环境污染责任险、董事与高级职员责任险等。保险合同的确如贝克所说已成为现代企业应付风险及其不确定性的一种技术方法。参见[德] 乌尔里希·贝克 《从工业社会到风险社会——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 《马克思主义与现实》，2003年第3期。但是，并不是所有责任都能够通过保险的方式免除，必须在必要的时候发挥刑罚的惩罚与预防功能。

② 大陆法系国家为限制行政权，将应受人身罚或者财产罚的违法行为都纳入犯罪的范畴。参见陈兴良 《社会风险与刑法规制》，《法商研究》2011年第4期，第12页。

国, Roxin 的那句名言——即使在风险社会, 尽最大可能压缩刑法的设想仍然具有很大的发展前景^{[11]19}——并不适用, 因为西方国家的刑法规范体系要比我国庞大得多, 如违法排污、非法使用核设施、生产、储藏不卫生的食品、见危不救都可以构成犯罪。西方国家之所以要把我国认为的行政违法行为归于犯罪, 是因为我国目前的行政处罚也包括对人身权与财产权的剥夺, 甚至有时还会重于刑罚, 然而将决定是否进行重的行政处罚的权力交由行政机关而非法院, 显然违背宪法原则, 也难以保证程序公正。^{[12]11} 限缩治安罚、行政罚, 将其部分转为刑罚表面上不利于保障人权, 实则使制裁受到罪刑法定原则的约束, 同时也有程序上的保障, 最终是有益于公民自由的。^①

(二) 质疑二与回应

质疑二是, 用刑法来保护普遍法益是否违背刑法最后手段原则与刑法谦抑性原则。^[13-15] 即便是倡导风险刑法的学者对这一点也会心存疑虑。^[16] 可以说, 上述原则在批判封建刑法、建立近代刑法之初发挥了革命性的作用, 但是现在只具有理念层面上的意义, 对于判断哪些行为应该由刑法规制、哪些应该由其他法律规制只是一个抽象而空洞的标准, 不具有操作上的价值。因此, 从刑法发展的现实出发, 德国学者 Schünemann 完全抛弃了上述原则, 提出应以“有效性”作为标准来判断哪些行为应该属于刑法的管辖范围。如其所言, 自启蒙运动以来, 刑法可以而且必须只能作为防止社会损害的最后手段理性, 这一点作为刑法基本思想从未改变。然而今天, 对这种近似天真的想法, 必须予以排斥, 因为刑法是一种直接有效的、甚至可以说是功能紧密、能滴水不漏地保护法益的工具。^{[9]15}

Schünemann 将刑法从民法、行政法背后解放出来, 认为只要更利于有效地保护法益, 即可动用刑罚。在风险社会, 我们需要更加先进的刑法与刑法学, 想要以落伍的 19 世纪的刑罚手段来制裁 21 世纪先进的犯罪, 是做不到的。^{[9]115} 事实上, 稍加考察西方国家 20 世纪后半叶以来的刑事立法即可发现, “活性化”^[13] 是其共同特征, 在这一过程中, 刑罚部分占领了传统行政法管辖的领域, 而原本属于行政法上的违法行为也会部分地被认为具有法益侵害的危险而入罪。如认真追究起来, 严密、广泛地存在于单行刑法、附属刑法中的刑法规范以及大量存在于刑法典当中的抽象危险犯, 恐怕已非最后手段原则、谦抑性原则所能容忍, 立法实践早已证实我们大多数时候是在根据法益保护的有效性来运用刑法。而既然我们是为了有效保护法益而动用刑法, 就难以简单地以其违背了最后手段原则或者谦抑性原则而批判之。事实上, 以有效性为标准确定法益保护范围并不是风险社会才出现的作法, 而是刑事立法一直以来所采用的秘而不宣的准则, 因为法益从来都是变动的、开放的概念, 社会需求的变化一直在影响法益的内容与范围, 而二原则的空洞性使其很难在立法选择上起到实际的作用。所以, Schünemann 抛弃二原则的论点乍看起来令人震惊, 但实则不过是说出了我们早已朦胧感知且悄然实践却一直不敢启齿的事实。但排斥最后手段原则与谦抑性原则并不意味着不对刑罚加以限制, 也不意味着以一般预防代替谴责、报应, 更不意味着为了公共目的不择手段地牺牲个人自由, 平衡保护法益与保障人权之间的关系是将来刑事立法的重要任务。

三、风险社会的法益保护与刑事立法

如上文所述, 风险社会下的刑事立法既要坚持法益保护原则, 也要开放地承认法益保护的变

^① 当然, 若要最终实现此目的仍需其他制度的配合, 例如建立保安处分体系、完善非自由刑的运用、建构刑事和解制度与前科消灭制度等。可以说, 我国现有的刑罚体系尚不足以支撑风险刑法扩大刑罚处罚范围的要求。

化；既要有效地保护法益，也要平衡法益保护与人权保障的关系。

1. 风俗以及模糊的法益不值得刑法保护。虽然这一点已在观念层面上被普遍接受，但实践层面上仍要警惕。例如，我国刑法是否应该将介绍、容留卖淫，以赌博为业等行为规定为犯罪，就非常值得商榷。

2. 以公共秩序、公共安全等作为普遍法益加以刑法保护时，需要考察其必要性。确立某个普遍法益虽不以其可以还原为个人法益为必要^①，但也禁止随心所欲地设立普遍法益。但是，需要注意的是，即使可以还原为个人法益，也不一定都通过刑法来保护，是否动用刑罚还与国家的历史、文化及法治发达程度有关。例如，见危不救在德国被规定为犯罪已经有半个多世纪的历史了^②，尤其在当今风险社会下，更显出其存在的必要性与合理性。但在我国，谈及见危不救就会被归类于道德范畴，入罪会被认为是刑法对道德领域的强行干预。在我国法治尚不发达的现状下，要求每个公民要承担保卫公众与他人安全的义务，将是过度超前的立法。

3. 在风险刑法下，危险犯立法越来越变为常态^③，但对其立法合理性尚存争议。传统刑法以侵害犯为原型，那么是否可以通过规定侵害犯的未遂状态来代替危险犯？虽然未遂犯的处罚根据与危险犯相同，二者的立法取向也相似，但是不能以前者代替后者。有学者从两方面分析只处罚侵害犯的未遂的局限性：一是客观上的局限，如果仅处罚侵害犯的未遂，就无法规制危险的预备行为；二是主观上的局限，处罚侵害犯的未遂，必须能够证明行为人主观上有侵害的故意，对于没有侵害故意或者不能证明侵害故意的行为，无法以侵害犯的未遂加以处罚。^[17]这是妥当的见解，但并不全面。除上述两方面外，还可以从其他角度肯定危险犯的意义。第一，在不承认过失未遂的情况下，以交通肇事罪和危险驾驶罪为例，如果不独立规定危险犯，就没有办法处罚危险驾驶的行为；第二，未遂犯强调的是结果的危险，即实害结果没发生，危险犯强调的是行为的危险，二者侧重点不同；第三，未遂犯的立法达不到敦促一般国民遵守规则的一般预防目的，而危险犯的立法则特别强调了一般预防，适应风险社会的要求。

4. 在危险犯立法中，特别受到质疑的是抽象危险犯。不同学者对抽象危险犯的理解不同，争论的核心在于是否允许对抽象危险犯进行反证。不允许反证的观点认为只要有构成要件性行为即肯定危险存在；允许反证的观点则在违法行为之外设定各种各样的附加条件，如果不具备附加条件则否定危险成立。例如，有学者认为，抽象危险犯也需要法官的判断，只不过是行为本身的一般情况为根据或者说以一般的社会生活经验为根据^{[18]167}；还有学者认为，抽象危险犯与具体危险犯的区别只是概念上的，抽象危险犯一定程度上也需要实质的危险判断；具体危险犯也要在一定程度上进行抽象的判断，抽象危险犯也存在例外的情况^{[19]10-11}。上述限定抽象危险犯的观点都需要法官在具体案件中实质考察现实危险的有无，也就是存在反证的余地。但是，显而易见的是，上述学者对抽象危险犯所设定的附件条件都非常模糊，或者事实上难以起到排除危险的作用，或者使抽象危险犯变得与具体危险犯无异。笔者认为，如果肯定抽象危险犯是一个独立的危险犯类型，就不应允许反证，也就是承认抽象危险犯中的危险是一种立法拟制。这种立法技术应该予以肯定。抽象危险犯是其特定行为中隐藏着典型的潜在风险，当其所涉及法益与其随后的侵害会被认真地认为是具有意义时或者法益关系清楚时，抽象危险犯得以被精确分析的方式表征出具

① 例如，对环境犯罪抽象危险犯的规定很难说可以还原为对个人人身、财产法益的保护。

② 德国刑法的第323条见危不救罪是1953年第三次刑法修正案引入刑法的，但真正追溯起来，该条规定可以追溯到1851年的普鲁士刑法典里，只不过当时成立该罪要以警察机关要求行为人履行救助义务为前提。

③ 至于在危险犯立法中，是否一定以具体危险犯为主、以抽象危险犯为辅，倒也未必。国民对刑法实效性的要求与司法实践上因果证明的困难共同决定了立法上很可能会更倾向于选择抽象危险犯。

體危險犯與實害犯的前階段^[9]¹⁰⁴，所以抽象危險犯立法並無不妥。至於抽象危險犯與法益保護原則的關係，如上所述，抽象危險犯著眼於有效性原則、為了實現一般預防目的而使法益保護前置化，司法實踐中不允許反證恰有促進國民踐行“規範”之意。風險社會中我們不得不正視的是，風險規範^①本身的意義正在凸顯，刑事立法的趨勢將是越來越多指向刑法法益的行政禁令、命令會被直接劃為刑事規範，刑法與行政法的版圖恐要重新劃界。

5. 風險刑法下，與大量規定危險犯甚至抽象危險犯不同，設立預備犯的處罰規定則必須極為慎重。預備犯雖然能夠反映行為人惡的內心決定，卻沒有進入實行，尚未表徵出行為危險，它也不像抽象危險犯那樣具有典型危險，因此處罰預備犯應該僅限於刑法有特別規定的重大犯罪領域，既不能一般性地處罰預備犯，也不易輕易地增加預備犯。遍觀西方發達國家的刑事立法，即使在風險社會下，預備犯也沒有出現如抽象危險犯那樣的大舉擴張之勢，只是在個別條款中新增了預備犯規定^②，可見學者與立法者仍對其採取比較審慎的態度^[20]³⁴。

6. 國民的安全感是否可以作為法益是風險社會下面臨的新問題。現代社會風險的全球化、風險信息的不对称以及媒體傳播途徑的多元化，使得人們容易產生對危險的恐慌感且該恐慌感會迅速蔓延。而國民的普遍恐慌有時並不真實地反映客觀風險的嚴重性，因此有學者主張不能用刑法手段消除人們的恐慌。^[3] 傳統刑法下，刑法只能處罰造成法益侵害或者給法益造成客觀危險的行為，但在風險刑法下，國民普遍的不安感也值得刑法保護，因為很多情況下秩序的騷亂與災難性事故並不是客觀危險引發的，而是在信息不透明的情況下人心的普遍恐懼造成的。我國《刑法修正案》（三）增設了“投放虛假危險物質罪”和“編造、故意傳播虛假恐怖信息罪”（第291條之一），顯然該條處罰的是製造普遍危險感的行为，是以國民的安全感作為保護法益。^③ 承認了一般人的安全感與信賴感可以作為法益來保護，那麼在一些爭議很大的問題上就可以得到很好的解決。例如對於能犯未遂和不能犯未遂的區分，歷來存在純粹主觀說、抽象危險說、具體危險說、客觀說、修正客觀說等諸多學說，其中以具體危險說和修正客觀說支持者最多，而後者對前者的最大質疑就在於具體危險說以一般人的安全感作為標準太過模糊，不可取。但是該理由太過牽強。“安全感”雖然不明確却也並非不可感知，相反，在規範的世界裡，像（修正的）客觀說那樣用“概率”這樣的統計學標準去解決價值問題恐怕過於機械、僵硬，而且由於“從行為時來看結果發生的科學概率”這一點根本無法計算，最後不過流於裁判官的揣測，因此（修正的）客觀說才是真正“模糊”的。

① 對於風險規範，Schünemann 有一個形象的比喻，他將其比喻為“安全帶”。參見 Schünemann 《關於客觀歸責》，陳志輝譯，載徐玉秀等編《不移不惑獻身法與正義——許迺曼教授刑法論文選輯》，台北：新學林出版有限公司，2006年，第565頁。佩戴安全帶是在交通運行中降低死傷率的有效措施，但並不能完全避免死傷。風險規範（如禁止酒駕）也是降低交通事故發生率的預防措施，但並不否認對於有些駕駛者而言，飲酒並不必然增加事故發生的幾率，但不能因此否認規範本身的全民有效性。所以，即使一個“海量”的飲酒者在僅喝了二兩白酒絲毫沒有使辨認、控制能力減弱的情況下，其醉駕行為仍構成危險駕駛罪。

② 學界常把預備犯的增加也視為法益保護提前的表現之一，但是預備犯的增加並不具有普遍性，僅以危害國家安全罪、恐怖犯罪、嚴重暴力犯罪為典型。例如，德國刑法典2009年新增了“嚴重危害國家暴力犯罪”的預備犯（第89條）、“為實施嚴重危害國家的暴力犯罪而與恐怖組織取得聯繫”（第89b）和“引導實施嚴重危害國家的暴力犯罪”（第91條）等條文。

③ 日本在2000年前後的一系列立法值得我們注意。如為保護計算機持有人對於他人不得擅自使用計算機系統的信賴感而規定處罰形成能夠利用計算機的狀態或者進入計算機系統的行為本身；為了保護國民精神上的寧靜或不被不喜歡的人騷擾的安全感而規定處罰騷擾行為；為了保護國民日常生活上的安全感而規定處罰禁止販賣、授予、持有特殊開鎖用具等行為（盜竊的預備或者預備的前階段或者幫助行為）；為保護生物多樣性及消費者農作物安全感規定處罰未經許可進行遺傳基因重組作物的栽培。對此，可參見伊東研祐《現代社會中危險犯的新類型》，載何鵬、李潔主編《危險犯與危險概念》，長春：吉林大學出版社，2006年版，第182頁以下。

当然,我们也并非完全不考虑“不安感”这一概念在“明确性”方面存在的缺陷,为了不致因不恰当地保护了集体不安感而侵犯个人人权,以一般人的安全感作为法益时要受到限制:第一,仅仅针对个人法益的行为即使让公众普遍感受到法益侵害的不安感,也不值得处罚;第二,必须是国民普遍的安全感,不能是少数个体的安全感,因为每个人的感知不同,敏感者的不安感体验较强,迟钝者的不安感体验较弱,均不能以其作为国民安全感是否受到侵害的标准;第三,当国民的不安感严重背离自然科学,不安感是由于公众愚昧造成时,不能处罚行为人。^①

针对 Roxin 所提出的问题,何种情况下刑法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呢?^[11]我想,一条基本原则应该就是:欲尽可能地降低风险发生的可能性,必须利用最严厉的制裁手段——刑罚来处罚具有典型危险性的规范违反行为,但是,“在运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”^[11]。

[参考文献]

- [1] 井田良 《变革时代的理论刑法学》,东京:庆应义塾大学出版会,2007年。
- [2] 海泽尔·肯绍尔 《解读刑事司法中的风险》,李明琪等译,北京:中国人民公安大学出版社,2009年。
- [3] 张明楷 《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,《法商研究》,2011年5期。
- [4] 伊东研佑 《环境刑法研究序说》,东京:成文堂,2003年。
- [5] Jalley E M. Enviromental crimes. *Americal Criminal Law Rreview*, 2002, 2: 403 - 485.
- [6] 中山研一、神山敏雄等 《环境刑法概说》,东京:成文堂,2003年。
- [7] 张明楷 《法益初论》,北京:中国政法大学出版社,2000年。
- [8] 金尚均 《危险社会与刑法——现代社会刑法的机能与界限》,东京:成文堂,2001年。
- [9] Schünemann 《从下层阶级刑法到上层阶级刑法》,许玉秀、陈志辉编 《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台北:新学林出版有限公司,2006年。
- [10] 刘明祥 《社会风险与刑法规制 “风险刑法”理论之反思》,《法商研究》,2011年4期。
- [11] Roxin 《德国刑法总论》第1卷,王世洲译,北京:法律出版社,2005年。
- [12] 张明楷 《日本刑法的发展及其启示》,张明楷译 《日本刑法典》代译序,北京:法律出版社,2006年。
- [13] 马克昌 《危险社会与谦抑原则》,《人民检察》,2010年3期。
- [14] 黎宏 《对风险刑法观的反思》,《人民检察》,2011年3期。
- [15] 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4期。
- [16] 北川佳世子 《刑法上制造物责任的问题点》,《早稻田法学》,1996年第71卷第2号。
- [17] 张明楷 《危险犯初探》,《清华法律评论》第1辑,北京:清华大学出版社,1998年。
- [18] 张明楷 《刑法学》(第4版),北京:法律出版社,2011年。
- [19] 山口厚 《危险犯总论》,何鹏、李洁主编 《危险犯与危险概念》,长春:吉林大学出版社,2006年。
- [20] 乌尔弗瑞德·诺依曼 《国家刑罚的法哲学》,冯军译,郑永流主编 《法哲学与法社会学论丛》第3期,北京:中国政法大学出版社,2000年。

[责任编辑: 李佳欣]

^① 例如,捏造并散布在学生食堂的食物中放入了“放射性物质硫磺”的信息,即使造成普遍的不安感,也不构成犯罪。但是捏造并散布在学生食堂的食物中放入了“放射性物质碘”(实为硫磺)的信息,则构成犯罪。