

 东南大学法学博士文库



# 客观归责体系中允许风险的 教义学重构

王俊/著

KEGUANGUIZETIXI ZHONGYUNXUFENGXIANDI  
JIAOYIXUECHONGGOU



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

非  
外  
借

允许风险是客观归责理论的基石与核心，在风险社会的背景下，如何对风险进行价值论的限缩，是刑法教义学必须予以探讨的重要问题。本书超越了传统学理在立法论语境下讨论允许风险的局限性，基于规范论的立场与客观归责理论的视角，在借鉴德日刑法理论的基础上，对其判断标准、体系性定位、允许风险与过失理论的关系、故意与过失允许风险的区分、风险实现阶层中的允许风险等相关问题进行了研究，充分展现了允许风险法理的解释论意义。

ISBN 978-7-5197-2418-4



9 787519 724184 >

定价：52.00元

独雨星工作室  
平面设计

上架建议 刑法



# 客观归责体系中允许风险的 教义学重构

王俊/著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

客观归责体系中允许风险的教义学重构 / 王俊著

—北京:法律出版社,2018

ISBN 978-7-5197-2418-4

I. ①客… II. ①王… III. ①刑事责任—研究—中国  
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 151984 号

东南大学  
法学博士文库

客观归责体系中  
允许风险的教义学重构  
KEGUAN GUIZE TIXIZHONG YUNXU  
FENGXIAN DE JIAOYIXUE CHONGGOU

王 俊 著

策划编辑 黄琳佳  
责任编辑 黄琳佳  
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 7.5

字数 180 千

版本 2018 年 11 月第 1 版

印次 2018 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询热线/010-83938336

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978-7-5197-2418-4

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 总 序

博士,古时为学官名,他们精通经艺,教授生徒;如今则属学位名,位于学位序列的最高一级,占据国民教育体系的最顶端。古今分别虽然悬殊,但就学识渊博、学问精专而言,则是相通的。如今,一个人若能取得博士学位,无疑标志着他由学习阶段进入了学术阶段,真正具备了独立的思考能力、敏锐的洞察意识、严谨的批判精神。如此人才,对提升国家的理论自信,塑就国民的文化自信,深化科教强国战略而言,是决然不可或缺的。因此,博士的培养一直是国家教育资源的重要倾注所在。而伫立其间的法学博士,在当下“法治是治国之重器”的战略论断下更显得意义非凡,这也是当下法学博士所应担当的时代重任之所在。基于当今宏大的历史使命,东南大学法学院与众多高校一起,共同肩负起了法学博士的培养之责。

东南大学位于六朝古都南京,承续江左文枢

余脉。其法学学科肇始于1928年国立中央大学,1995年,东南大学重建法律系,2006年9月19日成立法学院。二十多年的春华秋实,十余载的开拓进取……回首往事,感慨万千,筚路蓝缕,虽苦犹甜;放眼今朝,备受鼓舞,展望未来,生机无限。如今的东南大学法学院年轻而朝气蓬勃,朴实而气象万千。在不断的奋进中,法学院已初步形成了与学校“双一流建设”要求相匹配的学科优势与特色。在研究生培养上也是全面开花,陆续获批法律硕士专业学位授权点、法学一级学科硕士学位授权点。2016年正式获批的法学一级学科博士授权点被列为江苏省重点学科,更是开启了法学院法学博士培养的新篇章。早于2008年,东南大学法学院就在马克思主义学科点独立招收法学博士研究生。十载虽短,但也足以检验出一所高校法学院的博士培养水平,足以沉淀出一所法学院博士生群体的学术品性。

南京作为中国特大城市,背枕钟山,比邻长江,得天独厚,自古便享繁华。如此这般的熙攘喧嚣,对于学术所需要的静谧,实在是一种反差。这就需要博士生们耐下性子,沉下心来,于喧闹之中觅得清静,于浮华之中自我积淀。可喜的是,我们的博士生做到了,博士学位论文的最终出版便是最好的证明。当然,这依然是不够的。因为,博士学位论文作为每位博士的学术开端,不免显得稚嫩与不足,需要博士们对其展开进一步的查漏补缺、推敲打磨,借此实现学术素养的再次升华。

思想在于交流,学术在于批判。博士学位论文的完善、学术素养的升华,最好的方式便是直面同行学人的质疑和批评。基于以上考虑,我们决定推出《东南大学法学博士文库》。一方面,为博士们对外展示自己的智识成果提供一个平台,为学界的理论研究输出一二智慧结晶,以飨读者;另一方面,我们也希望通过博士学位论文的付梓出版,对博士们的学术积淀情况进行一番检验。因此,学界同仁们的指教与斧正于我们弥足而珍贵。不仅对博士本人的学术成长,

而且对法学院博士生培养工作的拔升,均都受益非常。

我们也深知,学术沉淀非一日之功,学术新人的培育非一时之力。我们只是希望借助《东南大学法学博士文库》这一起点,以良好的初心为优秀作品的雕琢、为学术新人的首秀提供一方平台,如此便足以。

是为序。

东南大学副校长 周佑勇

2018年5月17日

## 序一 京外多俊杰 才子非皇城

随着中国刑法学知识的全面教义学化,研究法益论、规范论、客观归责理论、行为与结果无价值理论等一时之间成为中国刑法学研究领域的热潮。虽然早在2011年笔者在《中外法学》2011年第6期发表了《客观归责理论:质疑与反思》一文,表达了对客观归责理论的审慎怀疑和相对否定的态度,但是,这丝毫不影响我的博士生王俊将客观归责理论中的允许风险问题作为他的博士论文选题。自2003年任博导以来,十余年的博导经验告诉我,自由的学术对于学术研究是多么重要。所以,我的博士生们都知道,我从不要求他们在论文选题上考虑我的研究领域,更不要求学生在基本观点上与我一样。无论什么选题、何种领域,只要是他们本人感兴趣的,且自认一定能够顺利完成的,我都会支持。所以,当王俊博士以“客观归责体系中的允许风险的教义学



重构”为题做自己的博士论文时,我是非常赞成的。我清楚地了解,王俊对刑法教义学感兴趣,同时,对创新有底气,他选择这一领域,一定是有充分的把握和准备的,事实证明了我的判断。王俊自确定博士论文选题后,非常顺利地完成了博士论文的初稿,中间我提了一些意见,他也做了一些修改,比如他听从我的建议,增加了允许风险的司法适用这一内容,从而增加了本书的第五章,这使博士论文的结构更完整,其创新的理论也能“落地”。

放眼我国刑法学领域,对客观归责理论的研究热度不可谓不高,但是,对客观归责理论的重要下位规则——允许风险的研究,在我国学界几乎是一块空白。然而,客观归责理论是围绕禁止风险的创设与实现而展开的,而允许风险是从反面界定禁止风险的概念,因此完全可以说,允许风险是客观归责理论的基石与核心。我国目前关于对允许风险的认知,局限于认为允许的风险理论是以对社会有益为理由而允许企业活动、高速交通、体育运动等具有法益侵害危险的行为的理论。但是这样的理解,如张明楷教授所言,是混淆了立法政策与刑法教义学的关系。质言之,按照通行的理解,允许风险法理在刑法教义学上没有深入展开的空间。这或许是我国学界长期热衷于探讨风险增高、风险降低、规范目的等规则,但对于允许风险则几乎无人关注的原因所在。

在这样的背景下,王俊博士的博士毕业论文便具有重要的理论价值。王俊将允许风险的判断标准界定为基于事前的利益衡量,具体而言,是以行为当时行为人认知的事实为基础,并站在一般人的立场进行风险是否允许的判断。这同时也明确了允许风险的体系性地位,即它主要是一种构成要件排除事由,由此区别于违法性阶层的站在事后的利益衡量的紧急避险理论。通过这样的阐述与分析,允许风险法理得以展现出其刑法教义学意义的一面。

更难能可贵的是,王俊博士在本书中,对源自日本理论的在新旧过失论下论述允许风险的传统做法进行了深入的批判,借着以客观

归责理论重构过失犯体系这股“东风”，选择以允许风险为切入点，大力提倡在客观归责体系的框架中研究允许风险理论，由此明确了讨论问题的基本前提。随后，一方面，本书创造性地提出了故意允许风险与过失允许风险相区分的概念，并以风险降低与被害人自陷风险为例，说明了允许风险法理的解释论意义。另一方面，本书又明确提出允许风险应具有双重体系定位的设想，并对风险增高、规范目的、合义务替代进行关联性的研究，进一步说明了允许风险在风险实现阶层的功能。最后，本书选择以医疗行为的正当性问题为例，展开了允许风险的适用论研究，将形而上与形而下的讨论有机结合起来，使这种研究十分“接地气”。

现在，王俊博士将他的博士论文进行了进一步的修改完善，并且准备出版成书。我认为，王俊博士出版的这部作为国内第一部系统研究允许风险法理的著作，对于允许风险的教义学提升、对于客观归责理论的深度展开都具有重要的学术价值，对于司法实践而言亦具有一定的指导意义，故此推荐。

特别值得一提的是，王俊博士对学术有着独到的悟性，这也从某种程度上令人期待，他的这本著作出版后，能够进一步推动客观归责乃至我国刑法教义学的精细化研究。王俊博士的求学之路非常曲折，这在他的后记中已有清晰记载，但他矢志不渝，热爱学术，对刑法有着近乎痴迷的兴趣，这在当今“80后”“90后”中是比较少见的。也正是这一点，深深打动了我。当他进入东大学习后，经过低迷期、沉闷期，尔后就全方位地进入了（学术的）爆发期。短短三年时间，在《比较法研究》《政治与法律》等重要法学期刊上发表论文近10篇，这样突出的成绩在同龄博士中是比较少见的。正可谓，绝代有佳人，美女生山村；京外多俊杰，才子非皇城。当王俊怀揣着博士毕业证要离开的时候，我才恍然意识到，他，还有他的同学们，都长大了、成长了、要高飞了……心中虽然充满不舍，但我知道必须要放手了。尔今，看到王俊博士在美丽的苏州大学对教学和科研甘之如

怡,不禁令人莞尔。人生最快乐的事就是创造,而知识的创造是最激动人心的。对于王俊博士,我想悬置更高的目标,期望他在保持聪慧、纯粹、名哲的个性之同时,开阔眼界,勤奋奋进,持之以恒,为中国刑法学界的知识创新做出他自己独有的贡献。

是为序。

刘艳红

2018年5月2日于南京

## 序二 单纯的好奇 真诚的热爱

对于国外刑法理论及其概念的引进,大体上总有肯定和否定的立场。但是很显然,事实上,对固有刑法体系的热爱乃至推崇无论如何都不能阻挡外来概念的引入。刑法学重要理论的突破,几乎每次都会有概念、范畴的丰富和更新。即便是特别反对德日刑法体系的学者,也不得不正视这样一种局面:我们无法在现有的、传统的刑法学教科书体系中完全抽离那些或长或短时间之前引入的国外刑法概念,尤其是德日刑法理论中的概念。否则,那些教材就完全可能支离破碎,无法进行一个完整的法学理论叙事。外来概念在我们的法学中是如此根深蒂固,这也许说明了我们固有的理论体系的不足,但也正恰当地说明我们的学习能力和学习意愿,而后者可能应当被更为重视。

也许有一些学者会认为,即便没有那些外来的引入概念,我们仍然可以解决司法实务中的问

题。确实,概念或范畴犹如工具,用某一个较为落后的工具或许也一样可以实现工作目标,但一件好的工具一定是事半功倍的,在这个意义上,工具之间当然具有优劣之分。在另一种意义上,例如,一件更为精细的医疗器械可以使整个医疗过程更为清晰可见,或者可以使过去曾经做过的手术能够更为精细,在这一意义上,我们从来没有质疑过是否需要引入这些医疗器械。当然,也许这样的医疗器械并不会对所有的手术提供助益,对于很多常规普通手术,并不需要那么精密的器械。但是一名接受过精细训练的医生,应该不会在碰到常规手术时,就会愿意转而暂时使用那些较为粗糙的工具。因此,一个刑法理论体系的成熟度和颗粒度,在某种意义上,就取决于其所包含的概念的丰富程度和逻辑的严密程度。

当然,每一个国外刑法理论的引入,无论是批评还是接受,都意味着我们必须深刻地理解这一理论整体体系框架内的所有范畴、术语,否则就仅仅是简单地移用这些概念而已。随着客观归责理论引进的,同样也是一系列的概念体系,如风险增高、危险分配、允许的风险、合义务的替代行为等,其中诸多概念,我们都缺乏较为深入的研究。如果缺乏对这些核心概念的深刻理解,实际上对于客观归责理论的讨论就是一种浮于表面的概念套用,仅仅是一件时髦的外衣而已,无助于理论的深入。因此,对于国外刑法理论的引入,就要求从每一个具体的范畴开始,加以细致地了解 and 批判地吸收,并且在既有的理论体系中容纳下这些概念和范畴。

王俊的这本书就是从客观归责理论中挑选出“允许的风险”这一概念,进行了细致的教义学研究。作者探讨了允许风险的判断标准、体系定位,并通过允许的风险在过失论的困境的论述,企图在客观归责论中确立允许的风险的优势地位。考虑到客观归责理论在当下中国刑法学中的备受推崇的显赫影响,如果没有对允许的风险进行深入的剖析,而径直地讨论禁止的危险,在逻辑上无疑是具有先天的不足。就此而言,王俊博士的这一思考进程,意味着他格

外地重视范畴、概念在一个理论中的基础意义,尤其能够敏锐地把握允许的风险这一概念在客观归责论中的正面立论价值。在这一意义上,王俊的这本书就具有了重要的学术意义。进一步,王俊提出被允许的风险并非是注意义务违反的补充规则,而是其实质的解释原理和根据,允许风险的判断是不法行为判断的核心,而不法行为则包括故意不法、过失不法,因此使得允许的风险的判断不仅仅适用于过失的判断,也适用故意的判断。这一结论赋予了允许的风险这一概念超越通常的能力,进一步扩张了允许的风险的理论阐释能力和适用领域。不过,王俊仅仅以风险降低为例探讨了故意犯中的允许风险的具体适用范围,但同样作为故意不法中的核心判断,似乎更应该说明允许的风险在故意不法中究竟是如何进行一般性的、日常性的适用。

不过,必须看到,在一个其核心概念被众多研究者时尚般运用的场景下,客观归责论存在泛化的、压制性的倾向,因此就容易让人产生一般性思考或者疑问的是:一个外来的概念如何同现存的固有理论体系进行更为融洽、愉快的对话?或者,如果我们放弃这样一种努力,那么,一个外来的概念至少应该和我们的立法乃至司法解释进行愉快的对话。或者,一个坚持运用外来概念进行研究的学者应该如何和我们的立法、司法解释进行融洽的、愉快的对话,使双方都能够为对方所接纳包容,并且真正地成为我们所面向的立法、司法问题的参与者、解决者,从而真正成为掌握于我们之手的理论工具,而不仅仅是解决外来概念在它的母国理论体系中所碰到的固有问题。王俊博士以医疗正当化根据为例,来说明客观归责视域下允许风险的适用,也正展现了他在这一方向上的学术努力和取得的成绩。而我们有理由期待更多。

王俊是我的硕士生,接着到东南大学继续攻读刘艳红教授的博士。他是一位极其自觉勤勉的学生,我必须承认,作为导师,有这样一位学生,总体上是一件极其开心的事情。在硕士期间,他就不停

地阅读、写作,经常性地给我交来论文和我探讨。交论文的频率是如此之高,以至于我需要用“总体上是一件极其开心的事情”这样的表述来描述我既爱惜又倍感时间紧张的心情。正是这样的一种持续的热情,在硕士学习期间,他在北京大学出版社出版了自己的第一本学术专著《犯罪论的核心问题》,成为当时中青法学院研究生中的一个小小传奇。在博士学习期间,在东南大学浓厚的刑法学术氛围之中,他的写作欲望和写作灵感依然不断并且更加耀眼。王俊对刑法学术充满了单纯的好奇和真诚的热爱,这正是做学术研究的一种难得品质。这样的品质使得他可以大体上心无旁骛地去探寻自己所感兴趣的阅读和写作。尤其是,无论生活学习的各种插曲,他都没有减弱这样一种对学问的执著。我也很高兴,在这一过程中,作为导师,我陪着他一起经历。

我们有一次在苏州园林里喝茶,我告诉他,能够把自己的兴趣和职业统一在一起,这是一件多么令人羡慕的事情。有一段时间,我也不断地提醒他,要慢下来,停下来,思考一下,学术研究必须是一件不断激发我们兴趣而不是消磨我们趣味的事情。印象中,我们曾经至少有三次在杭州见面,我从北京过去出差,他从南京过来看我,我们一起在西湖边上散步,讨论学术圈的种种趣怪之事、他未来的学术规划和最近的各种烦恼。离开中青院之后,他仍然时不时地从南京回到北京,很多次突然出现在我讲课的教室中,我把他愉快地介绍给同学们,顺便接着向他提问,一起讨论我们课堂上的问题。写到此,我突然在想,或许我也能够突然出现在他苏州大学的教室里,听听他是如何给学生们上课的。

有学生如此,而他亦有自己所热爱的学术如此,这真是一件令人喜悦的事!

林维

10月22日凌晨于四季青

# 目 录

序一 京外多俊杰 才子非皇城 .....	1
序二 单纯的好奇 真诚的热爱 .....	1
引 言 .....	1
第一章 允许风险的一般原理 .....	7
第一节 允许风险概述 .....	7
一、术语的选择 .....	7
二、允许风险的判断标准 .....	12
第二节 允许风险与其他相关概念之间 的关系 .....	18
一、社会相当性与允许风险 .....	18



二、信赖原则与允许风险 .....	24
第三节 允许风险的体系定位 .....	31
一、构成要件阻却事由 VS 违法阻却事由 .....	31
二、客观不法要件 VS 主观不法要件 .....	37
第四节 小结 .....	43
<b>第二章 过失论中允许风险的困境</b> .....	<b>46</b>
第一节 旧过失论与新过失论的抉择 .....	48
一、旧过失论之批判 .....	48
二、新过失论的澄清 .....	53
第二节 允许风险在过失理论中的展开 .....	59
一、允许风险与旧过失论 .....	59
二、允许风险与新过失论 .....	64
第三节 小结 .....	70
<b>第三章 客观归责论中允许风险的优势 I</b> ——区分故意与过失风险 .....	<b>73</b>
第一节 质疑传统观点：允许风险是客观归责理论的下位规则？ .....	75
第二节 作为解释论的允许风险的前提：故意与过失允许风险的区分 .....	80
第三节 允许风险的展开适用：以故意犯和过失犯为视域 .....	85
一、故意犯中的允许风险——以风险降低为例 .....	85
二、过失犯中的允许风险——以被害人自赴风险为例 .....	93
第四节 小结 .....	100

<b>第四章 客观归责论中允许风险的优势 II</b>	
——风险实现阶层的考察 .....	103
第一节 允许风险对于因果关系论的意义 .....	105
第二节 风险增高、合义务替代与允许风险 .....	112
一、风险增高理论的基本法理 .....	112
二、风险增高理论与允许风险的关系 .....	127
三、允许风险对合义务替代行为的意义 .....	130
第三节 规范保护目的与允许风险 .....	133
一、允许风险与规范保护目的的体系衔接 .....	133
二、合义务替代行为的规范论解读 .....	143
第四节 小结 .....	150
<b>第五章 客观归责视域下允许风险的适用</b>	
——以医疗行为正当化根据为例 .....	153
第一节 允许风险在医疗刑法中的意义 .....	153
第二节 医疗行为正当化中知情同意原则的反思 .....	159
第三节 允许风险说之提倡 .....	167
一、专断治疗行为处理方案的引入 .....	167
二、允许风险的具体建构 .....	171
第四节 小结 .....	184
<b>结 语</b> .....	186
<b>参考文献</b> .....	193
<b>后 记</b> .....	207

## 引 言

一直以来,允许的风险法理是刑法教义学上一个极其重要的问题。而作为刑法教义学发展水平较高的德日两国,对于允许风险的体系定位并不相同。在德国,由于客观归责理论的强势发展,其作为实质的构成要件理论,已经远远超越了因果关系的判断范围,而成为囊括了实行行为论、过失犯论等诸多范畴的理论体系。客观归责理论主要包括了风险创设与风险实现规则,其意指行为创设了法所不允许的风险,而且这种不允许的风险在结果中予以实现,在此基础上,可以对行为人予以客观归责。由此可见,其主要围绕着禁止风险的形成与实现展开其理论架构,而允许的风险是禁止风险的反面规则,因而完全可以认为允许的风险理论是客观归责体系的基石与核心。而德国学者一般在风险创设阶层中讨论

允许风险问题,①如果行为创设的风险为法秩序所允许,则行为不法即被取消。当然也有学者同时在风险实现阶层论述允许风险问题。②

在日本,少有学者赞成客观归责理论,因而传统的相当因果关系说居于通说地位,由于允许的风险主要涉及的是行为不法的判断,故难以在因果关系理论中予以“容身”。正是基于此,日本学者一般在过失犯论中讨论允许风险的问题。例如山口厚教授便认为,“由于危险的行为之事实被允许,其结果就是可能否定过失犯的成立,为了说明这一点,‘被允许的危险’作为一般的法理一直以来为学说所认同”。③另外,允许的风险如何运用,其实也可以反映出日本刑法学中的结果无价值论与行为无价值论之争。例如,在日本学界,根据所属立场的不同,将允许的风险划分为行为无价值、社会相当型允许的风险与结果无价值、利益衡量型允许的风险,因此也具有很强的体系性意义。

近年来,随着德日刑法知识的引入,我国的刑法理论取得长足的发展,在术语的选择和运用上,逐渐摆脱了对原先苏俄刑法学的依赖,而大量采用德日刑法学的理论术语。在讨论客观归责论与过失论时,风险降低、风险增高、危险分配、危险承受等原理得到了充分的关注和深入的研究,但十分吊诡的是,对于允许风险的考察却长期以来属于“无人问津”的领域。从目前国内文献来看,并没有专著、博士论文专门讨论允许的风险问题,而从发表的论文来说,也只有张明楷教授于2012年发表于《中国社会科学》上的《论被允许的

① 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252页。  
 ② 参见吴玉梅:《德国刑法中的客观归责研究》,中国人民大学出版社2007年版,第82~83页。  
 ③ [日]山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第232页。

危险的法理》一文,但从该文的内容上来看,只是立足于日本刑法学的体系,在新旧过失犯论的范围内讨论允许风险的问题,而对于德国客观归责体系下允许风险的功能问题却并未予以关注。因此,在国外引起众多学者关注的议题,在我国却基本属于“无人问津”的问题,这对于我们正确理解过失理论乃至客观归责理论,都是不利的,因此需要进一步研究。

当然,国外关于允许风险的研究也存在大量争论之处。例如关于允许风险与社会相当性理论的关系问题,对此威尔泽尔将容许的风险看作社会相当性的一个下属领域,并认为其与社会相当性的其他情形的差异仅在于法益侵害危险的程度有所不同。而雅科布斯则把允许的风险视为社会相当性的一个阐述原理。相反希尔施教授认为社会相当性并不能涵盖被允许风险的所有内容,还存在不具有社会相当性,但仍存在被允许风险的情形。<sup>①</sup>又如关于允许风险的体系性地位,若将之与行为无价值与结果无价值论之争联系在一起,则更为复杂。允许风险的体系定位,一般存在构成要件阻却事由与违法阻却事由之争,甚至也有观点认为,其原则上属于客观归责的一个下位规则,但是在推定的被害人承诺下也存在允许风险的问题。另外,由于新过失论将注意义务的违反作为构成要件要素,而理论界一般认为允许风险与注意义务违反属于一体两面的问题,因此行为无价值论会认为允许风险属于构成要件要素。而反观结果无价值论,由于强调从事后考察不法,行为无价值论从事前判断允许风险的观点便难以接受,因此便将其等于利益衡量原理,作为违法性阶层的解释原理。再如,关于允许风险的适用范围问题,也引起了很大的争议,以罗克辛教授为代表的通说观点将其作为风险创设层面的下位规则,认为允许的风险理论是以对社会有益为理由而允许企业活动、高速交通、医疗、科学实验、体育运动等具有法益

<sup>①</sup> 参见陈璇:《刑法中社会相当性理论研究》,法律出版社2010年版,第61页以下。

侵害危险的行为的理论。<sup>①</sup>当然也有观点试图扩张允许风险的范围,将传统的被害人承诺、被害人自赴风险均作为允许风险的下位规则,但是这种观点受到了德国学者金德霍伊泽尔教授的强烈反对。<sup>②</sup>

因此被允许的风险问题,不仅在我国没有得到应有的重视,而且在国外也存在需要深入研究的众多问题,因此借鉴国外的相关理论,对允许风险的法理进行考察,无论如何都是必要的。另外,对于我国而言,讨论允许风险的问题,还具有下述意义:

第一,从推进刑法理论的意义上来说,我国刑法理论长期在因果关系问题上沉溺于偶然因果关系与必然因果关系之争,晚近以来虽然引入相当因果关系理论,但对于客观归责的了解,却并不全面。如上所述,允许风险是客观归责理论的基石与核心,通过对允许风险的考察,有助于我们更全面理解客观归责理论,深化因果关系理论的研究。而对于过失理论而言,我国借鉴日本学说,形成了旧过失论与新过失论的争论,但问题是,这些过失理论并未有效发挥其解释论机能,而是局限于为结果无价值与行为无价值的体系之争服务。<sup>③</sup>通过允许风险的考察,可以以其为切入点,对传统的过失理论进行很好的反思,并明确其未来的发展方向。

第二,从犯罪论体系的转型角度来看,我国当前平面四要件体系与阶层体系之争正“愈演愈烈”,但是如果单纯就体系而体系,两大阵营之间都具有各自的理由,难以令对方信服。只有从具体的问题予以切入,才是讨论犯罪论体系的一个正确方向。而从允许风险的讨论所折射出构成要件与违法性之间的区分,可以有力印证阶层犯

---

<sup>①</sup> 参见陈家林:《外国刑法:基础理论与研究动向》,华中科技大学出版社2013年版,第101页。

<sup>②</sup> 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《论所谓“不被容许的”风险》,陈璇译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第34卷),北京大学出版社2014年版,第221页以下。

<sup>③</sup> 参见曹菲:《管理监督过失研究——多角度的审视与重构》,法律出版社2013年版,第43页。

罪论体系的合理性,这在四要件体系下是很难予以理解的。因此通过允许风险的考察,可以有力地推进我国犯罪论体系的转型。

第三,从方法论上看,体系论与解释论是两种不同的方法论,对于我国而言,构建合适的犯罪论体系固然有其迫切性,但是我们不能陷入体系论之中无法自拔,应该更为关注解释论层面的运用。传统观点关于允许风险的考察,过于关注其体系性定位的问题,而对于其具体的适用问题往往一笔带过,只是抽象地强调需要在社会的有用性与行为的危险性之间进行衡量,因此社会需要接受具有一定风险的行为。但正如张明楷教授所言,这便混淆了立法政策与刑法解释论。<sup>①</sup>其实允许风险更为重要的应该是其解释论的功能,这在客观归责体系与过失论体系下均有体现,通过这些问题的考察,可以充分发挥允许风险的解释论机能。

第四,从现实意义上看,随着风险社会的来临,我们更需要对其中的风险予以具体判断,如果一律以风险作为禁止行动的理由,那么社会的发展将不可避免陷入停顿。而我国目前正处于改革转型期,各种社会矛盾凸显,在医疗方面更是如此。在这些领域中的过失犯罪问题,则需要慎重对待。传统理论对于这些领域的解释力存在局限,而允许风险的原理则恰恰可以弥补传统理论之不足。例如允许风险理论,对医疗行为的正当化问题提供了颇具信服力的解释。因此讨论允许风险的法理,有助于解决医疗过失中的疑难问题,为司法实践提供理论的支撑力。

第五,德日关于在不同的体系下讨论允许风险,也可以给我们的研究提供启示,这看似是表面的问题,但从实质上分析,可以认为将允许风险定位于客观归责理论较之于将其局限于过失论中至少具有两点优势。第一,通说认为,以制造法所不允许的风险解释构成要件行为,不仅适用于过失犯,也适用于故意犯,也即对过失犯的注

---

<sup>①</sup> 参见张明楷:《论被允许的危险的法理》,载《中国社会科学》2012年第11期。

意义务违反要件予以了重新解释,将其义务来源统一为刑法禁止和命令规范。“违反注意义务成为故意和过失犯罪的一般归责要素,而风险是否被容许,就和行为人是否有意地实现风险,或是没有想到风险没有关系了”。<sup>①</sup>因此,允许风险的问题便得以突破过失论的束缚,而扩张适用至故意犯中。第二,在过失论的体系中,注意义务违反与过失的相当因果关系是分开进行讨论的。而在客观归责理论中,风险创设与风险实现则作为一个紧密联系的整体共同判断客观的可归责性,亦即只有创设的风险与实现结果的风险具有同一性时,行为人才能够予以归责,由此允许风险的问题也有可能辐射到结果不法中去,从而横跨风险创设与风险实现两大阶层。

基于此,本书立足客观归责的体系对允许风险展开讨论,首先明确允许风险的一般理论问题,例如其判断的规则、与社会相当性、信赖原则的区分、体系性定位等,为下文讨论奠定基础。其次考察允许风险在传统过失理论中的运用,其中具体分析新旧过失论的观点以及允许风险在不同过失理论中存在的问题,为在客观归责中讨论允许风险开启了方向。接着本书将重点围绕在客观归责中讨论允许风险的两大体系性优势展开具体论述,即区分故意与过失的允许风险和的风险实现中论述允许风险问题,其中注意结合客观归责的下位规则展开分析。最后本书选取了医疗刑法中的治疗行为正当性根据的问题,批判了通说所坚持的知情同意原则,基于客观归责的立场,尝试展开允许风险的适用论研究。

---

<sup>①</sup> 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第14页。



# 第一章 允许风险的一般原理

## 第一节 允许风险概述

### 一、术语的选择

在正式论述允许风险的法理之前,有必要先讨论允许风险的术语选择问题,对此,德日之间存在一定差异。德国学者普遍不刻意区分“风险”与“危险”,两者的使用较为随意,德语中风险一词表述是 Risiko,而危险则是 Gefahr,德国学者罗克辛教授在客观归责的阐述中,两者经常是予以混用的。例如,不允许性风险创设,罗克辛教授将其表述为 Schaffung eines unerlaubten Risikos,可见其使用了 Risiko,即“风险”一词,而在之后的缺乏危险创设时归责的排除,表述则调整为 Der Ausschluss der Zurechnung bei fehlender

Gefährschaffung,在此却使用了“危险”。<sup>①</sup>而日本学者则普遍使用“危险”(きけん)一词,不用“リスク”(风险)。<sup>②</sup>于是问题在于“风险”与“危险”究竟是否应予以区分。

从社会学上看,德国学者贝克在《风险社会》一书中指出,“风险可以被界定为系统地处理现代化自身导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引致的怀疑的全球化相关的一些后果”。<sup>③</sup>而对于危险,贝克认为,危险直接刺激感官,可以通过日常的经验予以把握,是明确的。但是这样的区分标准,对于刑法学而言,显然是模糊的。因为按照贝克的观点,风险一般是无法被感知的,具有不确定性,例如核泄漏、基因技术、生态污染、恐怖主义等,这不仅无法涵盖刑法中构成犯罪的的所有类型,而且无法查明的风险也难以用刑法手段予以规制。“这些风险不属于刑事违法性层面的问题,更无法通过刑法来化解”。<sup>④</sup>因而,必须从刑法教义学上对两者进行有效的区分。

在刑法教义学上,德国学者 Hirsch 曾对此进行过区分,他认为,危险意味着引起客体的危险状况,应当限定为客体所处的一种状态,而风险则不涉及危险结果,仅仅指的是行为的危险性。<sup>⑤</sup>危险主要指的是作为结果的危险,是一种事后判断,而风险则是作为行为的危险,是一种事前判断。因此传统刑法理论所说的具体危险才是真正的危险类型,而抽象危险更多的只是一种风险。作出这样的界定,在一定程度上参考了社会学上关于两者的分类,因为作为行为

---

① Vgl. Claus Roxin, AT I, 4. Aufl., 2006, § 11 S. 375.

② 参见[日]高义博:《刑法总论》,成文堂2015年版,第359页;[日]幕田英雄:《刑法总论解说》,东京法令出版株式会社2015年版,第227页。

③ [德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第19页。

④ 南连伟:《风险刑法理论的批判与反思》,载《法学研究》2012年第4期。

⑤ 参见郝艳兵:《风险刑法——以危险犯为中心的展开》,中国政法大学出版社2012年版,第79页。

的危险,对于具体的结果而言,其风险显然是不确定的。而作为结果的危险则是相对容易把握和感知的。

那么对于客观归责理论而言,究竟应强调风险还是危险呢?理论上对此存在一定争议。柯耀程教授认为,“客观归责理论采用‘风险’的概念,作为诠释方法的基础,但却未清楚界定所谓‘风险’究竟为何概念,亦未能厘清‘风险’与‘危险’在概念上有何差别,在客观归责的诠释方法中导入‘风险’的概念,极可能形成刑法危险犯类型的混淆”。<sup>①</sup>按照柯耀程教授的观点,如果采用风险的概念,则在客观归责理论中便无法解释抽象危险犯,因为它只具备风险创设,而欠缺了风险的实现。其实这种主张的实质是将客观归责理论主要作为结果归责的理论,因此更为注重“危险”而不是“风险”,可谓其来有自。对此,也有学者类似地指出,“客观归责理论以风险用语作为理论架构的核心用语,但是此处的风险论其效果,只是‘危险’”。<sup>②</sup>但如果将客观归责视为行为归责的理论,那么便会得出不同的结论,例如台湾学者许玉秀教授在其书中所使用的是“风险”一词,而在其背后作为支撑的是其对客观归责理论的下述判断,“从客观归责理论藉由制造风险诠释行为不法,可以看出客观归责的重心在行为归责而不在结果归责”。<sup>③</sup>

而如果关于客观归责的重心在于行为归责还是结果归责还存在争议的话,那么关于允许风险应该是较为清晰的,因为通说均将允许风险作为创设风险的下位规则,也就是说,它体现的是行为归责。笔者虽然认为允许风险在风险实现层面也有一定的功能,但其主要还是在于界定行为不法的范围。因此,就术语使用上而言,用允许

① 柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第40页。

② 参见林宗翰:《风险与功能——论风险刑法的理论基础》,台湾大学法学院2006年硕士学位论文。

③ 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第504页。

的风险比用允许的危险更加合适,也更能反映出其是一种行为属性的风险,具有不确定性。“风险概念的规范化将进一步导致刑法所欲处理的风险的去实体化,经由与风险概念相联系的行为规范,归责的重心由结果归责转向行为归责”。<sup>①</sup>此外,“风险是一个中性词,具有两面性:一方面意味着机会,以及随之而来的财富;另一方面意味着危险,以及随之而来的损害”,<sup>②</sup>而危险则只具有消极意蕴,往往与不利的后果相联系。就允许风险理论的内容而言,就是以对社会有益为由,允许一部分具有法益侵害危险的行为存在,显然“风险”一词更能反映这种两面性。

综上,“风险”较之于“危险”,侧重于行为的属性层面,符合创设法所不允许风险的事前判断性质,用“风险”一词也符合允许风险理论的两面性,因此笔者仍以允许风险称之,而不采用允许危险的表述。

此外,在用语上,理论界一般以是否为法所允许去界定风险的性质。“法所不允许的风险,顾名思义,即以法律的标准去合理地分配社会风险,从而使风险具有了规范性意义,逾越法规范界定的风险界限的风险制造者将会受到非难”。<sup>③</sup>那么其中法律的标准该如何具体化?则存在不同的认识。

首先,可以明确的是,这里的“法”不能指具体的刑法规范,因为客观归责理论所要判断的就是刑法上不法的成立,因而风险是否为刑法所允许是一个判断的结论,而非判断的标准。如果将“法”理解为“刑法规范”的话,将难以避免循环论证的指责。

其次,根据多数学者的看法,是以所谓的行政法规作为风险是否

---

① 郝艳兵:《风险刑法——以危险犯为中心的展开》,中国政法大学出版社2012年版,第87页。

② 南连伟:《风险刑法理论的批判与反思》,载《法学研究》2012年第4期。

③ 郝艳兵:《风险刑法——以危险犯为中心的展开》,中国政法大学出版社2012年版,第87页。