

# 风险社会中的刑法

社会转型与刑法理论的变迁

劳东燕 著



CRIMINAL LAW IN RISK SOCIETY



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



CRIMINAL LAW IN RISK SOCIETY

# 风险社会中的刑法

社会转型与刑法理论的变迁

劳东燕 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁/劳东燕著. —北京:  
北京大学出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 26332 - 7

I. ①风… II. ①劳… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 229323 号

- 书 名** 风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁  
Fengxian Shehui zhong de Xingfa: Shehui Zhuanxing yu Xingfa Lilun de Bianqian
- 著作责任者** 劳东燕 著
- 责任编辑** 孟 倩
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 26332 - 7
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者** 三河市博文印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965mm × 1300mm 16 开本 29.5 印张 397 千字  
2015 年 10 月第 1 版 2015 年 10 月第 1 次印刷
- 定 价** 68.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

# 目 录

导 论 .....	001
一、以风险社会为背景的刑法理论研究 .....	002
二、在描述与批判之间保持必要的平衡 .....	004
三、本书的基本立场与具体内容 .....	007

## 上篇：风险社会与刑法理论的宏观思考

第一章 风险社会理论与刑法体系的预防走向 .....	015
第一节 风险社会中的风险景观 .....	016
第二节 社会转型与风险社会理论 .....	018
第三节 风险社会理论中的“风险”概念 .....	022
第四节 安全问题与预防走向的刑法体系 .....	027
第五节 风险社会的政策基调与刑法的政治化 .....	032
第二章 刑法体系的演变概貌之勾勒 .....	036
第一节 风险社会中的刑法理论危机 .....	036
第二节 法益论在当代的流变与困境 .....	038
一、法益论的流变 .....	039
二、法益论的困境 .....	042

## 002 风险社会中的刑法：社会转型与刑法理论的变迁

第三节 刑事责任根据的结构性嬗变 .....	045
一、从因果责任到原因责任 .....	047
二、关联现象的梳理与解读 .....	049
第四节 遭遇隐蔽重构的教义学理论 .....	052
一、实质化的思潮 .....	053
二、因果关系与归责 .....	054
三、客观的故意理论 .....	056
四、不法的类型化 .....	057
五、罪责的客观化 .....	058
六、被害人学的兴起 .....	060
第三章 风险社会中刑法理论的应然性思考 .....	062
第一节 预防刑法对自由刑法的全面侵蚀 .....	062
第二节 风险刑法理论的研究进路与立场 .....	068
第三节 预防刑法之内在危险的制约框架 .....	072
一、从政策到原则：功利与权利之间 .....	073
二、“原则—例外”处理方案之构建 .....	080

## 下篇：风险社会与刑法理论的具体展开

第四章 风险分配与刑法中的因果关系 .....	087
第一节 风险分配与刑法中的归责判断 .....	089
第二节 刑法中因果关系的规范性反思 .....	095
第三节 刑法因果关系中的三对范畴 .....	098
一、范畴之一：归因与归责之间 .....	098
二、范畴之二：客观与主观之间 .....	100
三、范畴之三：一般与个别之间 .....	104
结语 .....	113

第五章 事实因果与客观的结果归责 .....	114
第一节 “归因—归责”二分说框架的问题所在 .....	117
一、既然归因始终受归责目的的制约,将归因视为 单纯的事实探寻就并不妥当 .....	117
二、对条件公式的倚重与运用,直接导致对归因层面 存在论基础的差异性的忽视 .....	121
三、条件公式也并非刑法中认定行为与危害结果之间 存在事实因果关联的唯一标准 .....	122
第二节 传统刑法理论中结果归责的类型 .....	124
一、支配维度的结果归责类型 .....	125
二、义务维度的结果归责类型 .....	131
第三节 “概率提升”型因果的出现:新兴的结果归责类型 .....	137
一、疫学因果关系说与风险升高理论 .....	138
二、“概率提升”型的归责类型 .....	141
第四节 刑法中结果归责的类型学思考 .....	145
一、刑法中归责理论的范式转变 .....	146
二、类型思维与刑法的结果归责 .....	148
第五节 对不同归责类型的规范性解读 .....	152
一、区分不同归责类型的规范性意义 .....	153
二、判断规则在各归责类型中的适用 .....	157
第六节 归责类型在实务案件中的适用 .....	162
第七节 刑法中事实因果的判断标准 .....	171
结语 .....	174
第六章 犯罪故意理论的反思与重构 .....	177
第一节 意志因素是否具有独立的价值 .....	178
第二节 故意是否等同于有认识的罪过 .....	188
第三节 故意的认识内容:结果本位还是行为本位 .....	195

第七章 罪过形式的认定与犯罪故意的要素分析 .....	201
第一节 评析当前的主要理论 .....	203
一、复合罪过理论 .....	203
二、客观构成要素例外论 .....	206
三、主要罪过说 .....	211
四、“明知故犯”论 .....	213
第二节 故意认定标准的公式表达 .....	216
第三节 犯罪故意谱系表及其说明 .....	223
第四节 犯罪故意的要素分析及其适用 .....	233
一、要素分析模式的出现背景与原因 .....	233
二、要素分析模式的适用前景 .....	236
结语 .....	247
第八章 危害性原则的功能转型与现实困境 .....	249
第一节 风险控制与危害评价 .....	252
一、刑法的风险控制与危害评价的意义转型 .....	252
二、风险的双重性与危害评价的主观化 .....	255
第二节 危害概念的内涵裂变 .....	257
一、危害定义的规范维度之丧失 .....	257
二、危害内涵的扩张与模糊化 .....	262
第三节 危害性原则的功能转型 .....	269
第四节 危害性原则背后的刑法困境 .....	275
一、自由保障工具的失落 .....	276
二、个体权利的工具化 .....	277
三、刑事司法的政治化 .....	279
结语 .....	283
第九章 未遂犯中的着手与不法的成立根据 .....	284
第一节 刑罚目的与未遂犯中的着手理论 .....	286
第二节 着手理论在当代的发展走向 .....	293

第三节 危害结果与不法的成立根据 .....	309
第四节 着手理论的反思与总结 .....	316
余论 .....	325
第十章 不法论的主客观之争与类型化解读 .....	329
第一节 刑法中不法论的前期演变 .....	333
一、作为罪责要素的故意与不法论上的客观主义 .....	333
二、作为主观不法要素的故意与不法论上的主观主义 .....	337
第二节 刑法中不法论的当代发展 .....	340
一、客观归责论的出现与客观不法论的复兴 .....	341
二、客观归责理论的“芒刺”问题 .....	345
三、从主观不法论到主观不法、客观不法并存论 .....	349
第三节 刑法中不法论的类型学解读 .....	351
一、归责论上的两种理想类型 .....	352
二、主观不法的类型与客观不法的类型 .....	356
三、不法的类型化与一般预防主导的刑法体系 .....	361
第四节 不法论主客观之争的中国语境考察 .....	364
第十一章 罪责论的意义裂变与规范重构 .....	372
第一节 规范责任论与期待可能性理论 .....	372
一、期待可能性与规范责任论的关系 .....	373
二、意思自由、行为选择与期待可能性 .....	376
第二节 罪责的客观化与期待可能性的命运 .....	381
一、一般人标准、控制能力与过失犯的罪责 .....	381
二、罪责的客观化与期待可能性理论的衰落 .....	388
第三节 罪责的社会化与规范责任论的重构 .....	391
一、罪责的社会化及其在刑法中的体现 .....	391
二、罪责的社会化与规范责任论的重构 .....	396
三、罪责论的变化与刑法的预防走向 .....	399



第十二章 责任主义与违法性认识问题 .....	402
第一节 知法推定的动摇与违法性认识问题的提出 .....	403
第二节 违法性认识问题的责任主义性质 .....	406
第三节 违法性认识问题背后的责任主义困境 .....	415
第四节 刑法规制与责任主义之间 .....	421
第五节 我国刑法中的违法性认识问题反思 .....	434
主要参考文献 .....	439
主题词索引 .....	453
后记 十年回想 .....	461

## 导 论

似乎只是在一激灵间,有关风险社会的话语在中国就变得铺天盖地,这无疑端赖于近年来频频曝光的各类产品责任事故(尤其是食品、药品与机动车)、环境污染事故与恐怖主义事件。2008年的三鹿奶粉事件清楚地揭示,人为的新型风险具有怎样迥异于传统风险的特性,其波及范围与引起恐慌的程度为传统社会所无法想象。尽管中国社会仍然面临物质短缺的分配冲突,即财富分配的逻辑并未为风险分配的逻辑所取代,发展仍构成社会的主旋律,但它无疑正以不可遏制的态势加速度地滑向风险社会。

在快速的工业化进程中,随着越来越多的破坏性力量释放出来,并暴露于公众的视野之下,一直被忽略的关于现代化副作用的知识开始走向前台,促成对现代化的反思与批判。作为一个后发现代型国家,中国何以在短短数十年之内迅速地变成一个准风险社会,贝克(Ulrich Beck)曾给出颇具说服力的解释。说到底,在一个物质短缺的社会里,在可见的因饥饿而死亡的威胁与不可见的因有毒化学物质而死亡的威胁的争论中,前者总是胜利的一方,否认风险存在的观念随之会支配全社会。然而,这样的胜利是损失巨大的胜利;否认风险存在的观点在哪里流行,就在哪里产生它所否认的风险社会。同时,贫困国家的司法混乱与利益纷争,也为制定抹杀和混淆的政策提供了很好的机会,通过有选择地界定问题以限制灾难性后果;从法律的束

缚中脱离出来的生产的经济条件，像磁石一样吸引工业康采恩，并且和克服物质贫困、争取民族自决的国家利益结合成一种爆炸性的混合物。<sup>①</sup>毫无疑问，中国社会向风险社会的迅速转型，迫使我们不得不直面西方社会已经面临的诸多同质性或同源性的问题。

正是在这样的背景之下，风险刑法理论高调地出现在我国的刑法学界，并方兴未艾地展开，相关的论者也迅速分化为支持与反对两大阵营。然而，总体来看，当前有关风险刑法理论的争论基本局限于意气之争，论战双方都过于关注与热衷自身立场的表白，流于给论战对手贴上标签，而很少真正深入思考风险社会中刑法理论的建构必须直面的重大命题。如学者所言，这场看似激烈的争论其实并未深入本质<sup>②</sup>，不管论战的结局如何，都有可能导致负面的结果：支持者的胜利可能让一种错误的、激进的刑法理论主导刑事立法和司法，反对者的胜利则可能剥夺刑法在应对风险社会危机中原本存在的机会。<sup>③</sup>

## 一、以风险社会为背景的刑法理论研究

本书着重关注的是 20 世纪中期以来刑法体系所经历的变化，以及此种变化所具有的意义与影响。确切地说，这是一种以风险社会为背景的刑法理论研究，而不是一种有关风险刑法理论的研究，更不是一种为风险刑法理论大唱赞歌的研究。风险社会仅代表对社会特定发展阶段与形态的概括，这也是社会学上的风险社会理论基本意义之所指。即使放弃风险社会的概念，而是采用“晚期现代社会”“晚期工业社会”“后工业社会”甚或“后现代社会”等概念来指代，也不影响对刑法理论所做的相关分析。

---

① 参见〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2004 年版，第 46—52 页。

② 需要指出的是，关于这场论战的本质，笔者的看法有所不同。

③ 参见南连伟：《风险刑法理论的批判与反思》，载《法学研究》2012 年第 4 期，第 139 页。

当代刑法体系从惩罚向预防导向的转换,揭示了预防模型对古典惩罚模型的取代。生成这种新模型的现实基础便是对刑法作为风险控制工具的紧迫需要。为了实现风险的控制,刑法不断地调整自身以适应风险社会的需要。可以说,刑法在控制风险的过程中反过来也为风险所控制。后者不仅改变了刑事立法及其理论,也从根本上在改变刑法体系的基本特征。无论如何,刑法并非自我封闭的体系,它会随政治与社会语境的变化而变化。相应的,刑法研究必须将语境视为变量,在关注概念本身的内涵经历流变的同时,重新审视相关制度或原则所具有的功能与意义。在此种意义上,谨记达博(Dubber)教授的提醒可谓相当必要:“刑法学者既不要在一种愈来愈独立的学理中迷失自己,也不能否认这个事实,刑法是行使国家权力的一种形式,因而也就是一种政治。”<sup>①</sup>在刑法的政治与社会语境发生重大变化的背景之下,研究者必须在对当下的现实知识具有真切认知的基础上,去直面与探讨刑法领域出现的新问题。

康德哲学让我们意识到,我们不可能从“什么是”中得出,什么是富有价值的,什么是正确的,什么是应该是怎样的。从未有什么东西因为“它是”或者“它曾经是”中——或者即使“它将要”是”,就能说明“它是正确的”。不可避免的事并非因此就值得追求,不可能的事也并非因此就不正确。<sup>②</sup>事实与规范本是二元分离的世界。事实与规范之间的二元性表明,由既有的事实或秩序之中无法推断出应然的价值判断。因而,以风险社会为背景考察刑法体系,只意味着尝试运用风险社会的理论来描述与解读刑法体系在实然层面经历的变动,而并不意味着在应然层面对这种变动的肯定或支持。诚然,描述本身并非价值无涉,如何描述在一定程度上代表了作者的学术立场,很难完全摆脱评价的色彩;此外,描述性研究的最终落脚点的确也在于解决刑法理

---

① [美]马库斯·达博:《积极的一般预防以及法益论》,杨萌译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第21卷),中国政法大学出版社2007年版,第466页。

② 参见[德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第7—8页。

论应当往何处去的问题。毕竟,刑法是一门规范性的学科,“实然”与“应然”之间的距离永远是推进刑法发展的动力。然而,这充其量只能表明,所有关于社会科学或人文科学的研究,都无法做到真正的价值中立,而并不等于否定围绕事实而展开的描述性研究的意义。对现实语境的无视,不仅会加剧理论与实践之间的鸿沟,理论本身容易蜕变为学者之间围绕概念演绎而展开的智力游戏,而且也会使得对刑法问题的探讨,陷于刻舟求剑式的自以为是之中,丝毫无助于问题的真正解决。

无论如何,刑法理论应当根据社会发展的需要因时因地地进行构建。在风险社会的背景之下,必须考虑刑法理论的合目的性与有效性的问题,而不能仅仅追求体系内在的逻辑自洽。换言之,有必要在变动的语境之下来审视与评价刑法理论发展的合理性与应然走向,不能抛开变动的语境去随意表达对刑法具体问题的立场。

## 二、在描述与批判之间保持必要的平衡

笔者是国内较早关注风险社会与刑法体系之间关系的学界中人,也因为此,被理所当然地归入支持风险刑法理论的阵营。对于这样的归类,笔者并不认同。在当前阶段,就风险社会理论与刑法体系的关系问题而言,重要的不是一头扎进立场之争,而是了解与正视刑法体系已然经历或正在经历的重大变化及其原因。在没有真正知悉刑法体系究竟已经发生什么变化、“也许正在发生”一些什么,为什么会发生这些变化,变化想要应对的是什么样的社会问题,以及这些变化带来怎样的冲击与影响等问题的情况下,轻言支持或反对某种价值立场至少是不严谨的。这是因为,在没有诊断清楚病理与病因之前所进行的任何批判都可能是隔靴搔痒或者开错药方,“法律和社会实践并不一定会因为学术批判而停止脚步,它们在很多时候是脱离甚至反对理论的。因此,如果理论确实已经发生于实践之后,现代学者可能要做的更多的是先争取辨清事态,然后理性分析,最后才形成结论。多元

化的现代格局瓦解了宏大体系,学术上认识和分析‘知’的意义也许已超过了批判和变革‘欲’的意义,这也是为什么目前的思想理论界和社会都呈现得如此破碎的原因。执著于抽象的、假定的原则,乃是在启蒙以来的现代道路上继续前进,可是当危机毕现时,我们若不停下来认真看清危机,那么我们可能面对着更多更大的危机,这时,实践做法也许已经和抽象原则脱离,前者成为现代特征,后者成为古典原则了”。<sup>①</sup> 强调学术上“知”的重要性,不是要否认规范性研究的意义,而只是说,价值立场的选择应当放在洞悉刑法体系所经历的变化之后。在此基础上,对刑法体系发展走向的反思与批判才是有意义的,也才可能具有针对性。泛泛地反对或者支持风险刑法理论或风险社会理论,只会遮蔽真正有价值的命题:在预防性刑法不断扩张的背景下,如何重新审视与处理自由与安全之间的关系。

对“知”的重要性的强调,使得本书中的很多内容是分析性的而不是评价性的,是描述性的而不是判断性的。也即,以在实然层面诠释现象揭示成因为主要目的,而不是进行应然层面或对策法学意义上的研究。这也可谓是对白建军教授所倡导的“少一点‘我认为’,多一点‘我发现’”<sup>②</sup>的主张的一种呼应。具体来说,是试图客观地描述与勾勒风险社会背景下刑法理论所经历的变迁,以及支持或驱动这种变迁的社会原因。因而,相关的研究具有超越正统刑法教义学的一面,它并非全然以将刑法条文的制定、改进、实施作为研究目的与归宿。与边沁以来的法律实证主义一样,单纯的法教义学研究,其缺陷在于“把法学研究局限于法律制度和规则体系的阐释与分析。解释性传统越来越变得与历史割裂、与环境脱离且无批判力”。<sup>③</sup> 它满足于把法律条文本身当作研究对象,孤立地去研究条文,而忽略法律作为一种社会现象的复杂性,无视法律条文背后起支配作用的社会政治因素。也正

① 蔡桂生:《敌人刑法的思与辨》,载《中外法学》2010年第4期,第611页。

② 参见白建军:《法律实证研究方法》,北京大学出版社2008年版,第1页。

③ [英]威廉·退宁:《全球化与法律理论》,钱向阳译,中国大百科全书出版社2009年版,第62页。

是基于此,国内有学者呼吁在刑事法学中引入社会科学的研究方法,认为“我们应当注重对问题成因的发现和解释,因为找到问题发生的真正原因,就可以解释更多的现象;找到普适化的原因,可以发现问题发生的规律”。<sup>①</sup>

对于刑法理论的发展而言,“我认为”式的评价当然很重要,但它不是唯一重要的,“我发现”式的对现实的描述同样不可或缺。一方面,任何一种理论,如果无条件地迁就现实而使理论获得实证意义上的精确性,固然是存在问题的;因为这样一来,理论就会丧失其作为批判标准所具有的功能。另一方面,一味地无视现实,过分紧缩学术的概念,导致既有的理论框架根本无法对普遍存在的现实给出有效的解释与回应,恐怕也并不妥当。强调基于当下的语境来思考刑法中的问题,并不意味着对启蒙话语与自由主义的否定与拒绝,而只是期望刑法理论能够在描述与批判之间保持必要的平衡。

在风险社会的背景之下,古典刑法理论几乎遭遇了全方位的改造。这样的改造基本上是在维持原有面貌的前提下进行的,并未声称要放弃原有的理论。但是,隐秘的改造最终表明,其效果是极为惊人的。在达博看来,努力将自身伪装成传统刑法是现代监控性体制(police regime)的重要组成部分;这层伪装对于其成功是关键,因为不容忽视的公众抵制将干扰国家尽可能有效且持久地消除威胁方面的努力。因而,保留传统刑法的痕迹,并通过操纵既定准则对传统刑法予以渗透,而是不完全废除它,符合监控性体制的利益。<sup>②</sup> 笔者并不认同对刑法体系的这种隐秘的改造,相反,对当代的这种发展趋势一直表示深切的担忧,认为其中潜含着对个体自由保障的重大威胁。有必要强调的是,笔者从来没有在任何场合提倡,刑法应当以保护社会为主、保障人权为辅,刑法的价值取向应当侧重于秩序而非自由,更从未

① 陈瑞华:《论法学研究方法》,北京大学出版社2009年版,第97页。

② Markus Dirk Dubber, Policing Possession: the War on Crime and the End of Criminal Law, in 91 *Journal of Criminal Law and Criminology* (2001), p. 834.

主张罪责刑法应当为安全刑法所替代。如果有类似的表达,那也只代表实然层面笔者对刑法发展的认识论判断,认为当代刑法出现向这一方向发展的趋势,而并不必然代表笔者赞同刑法理论应当向相应的方向迈进。

### 三、本书的基本立场与具体内容

本书并非以支持或者批判风险刑法理论作为自身的任务。但这并不意味着,本书是没有价值立场的。就风险社会中的刑法规制而言,单纯地回归古典并不现实,也无益于问题的根本解决;应当在正视刑法理论应时所需而经历演变的基础上,去思考刑法体系的开放性与公正性之间关系的基本命题,为如何在开放与公正之间保持适当的平衡建构可行的理论框架。基于前述立场,本书试图全面清理与探讨现代社会的风险社会性质对刑事立法与刑法理论构建的重大影响及其后果。在某种意义上,相关的研究具有类似法律史研究的性质。法律史研究的目标不仅是要按照时间的脉络准确地记录法律的发展过程,而且要揭示法律发展及法律思想演进的背后原因,正是后一点让法律史的研究与社会学的研究紧密结合在一起。<sup>①</sup>对刑法中特定理论或原则的演变历程展开历史维度的梳理,有助于动态地把握相关理论或原则的真实面貌,并清醒地意识到这样一个事实:所有的理论或原则都具有历史性或非恒定性,随着社会与政治语境的变化,其意义与功能也会发生相应的流变。

需要说明的是,本书特别关注刑法中相关理论与原则的流变,除了缘于对刑法发展走向的根本关心,也是基于当前国内刑法学的研究中,人们对基础概念的解读存在诸多的混乱,无视历史语境地乱用基础概念的现象相当常见。作为我国刑法学知识论渊源的德日等国(也

---

<sup>①</sup> 参见许德风:《论法教义学与价值判断:以民法方法为重点》,载《中外法学》2008年第2期,第179页。



包括英美)的刑法学理论,本身就不是铁板一块,而是存在一个历史的发展过程,是由不同时期的不同学者按照自己的价值偏好而提出的诸多学说的混合体。理论总是要根据现实的社会需要做出调整,同一概念(比如危害、法益、罪责等)在不同的社会与政治语境之下有着完全不同的内涵与功能。

本书上篇旨在从宏观层面勾勒与描绘刑法体系所经历的重要变动,分析这些变动具有的共同本质,并力图揭示促成这些变动的社会原因。

第一章对风险社会理论与刑法体系之间的关系做出梳理。在明确风险社会理论本质上是一种关于社会转型的现代性理论这一前提的基础上,本章对风险社会中的风险景观进行了概述,提出风险社会理论与刑法体系之间的关联点不是风险概念,而是安全问题。在风险社会中,政治层面对安全问题的高度关注,导致预防成为整个刑法体系的首要目的;而刑法体系在目的层面向预防的转变,深刻地影响了传统的刑法体系。除规则以外,政策日益成为刑法领域不容忽视的存在。作为一种构造性因素,政策在促成刑法政治化的同时,也有助于锻造刑法体系的开放性。

第二章旨在勾勒刑法体系的各个主要部分所经历的重要变动。在指出传统的刑法体系无法有效承担风险规制的任务的基础上,本章提出对安全问题的关注与对预防目的的强调,促成既有刑法体系各主要部分的内在演变。这种影响不仅体现在法益论的流变及困境与刑事责任根据的结构性嬗变上,也体现在教义学中其他理论(包括不法论、罪责论、实质化、因果关系与归责论、故意理论以及被害人学)的调整与重构上。

第三章对我国当前有关风险刑法理论的研究进路与立场进行评述,并就我国刑法理论该何去何从的问题表达了基本看法。在风险社会背景下,刑法体系始终面临如何在权利保障与风险控制之间保持平衡的问题。风险刑法本质上是一种预防刑法。刑法的预防走向对传统的自由主义与形式法治构成重大威胁。有必要在正视预防的前提

之下,从现有的体系中发展出合适的控制标准,包括强化刑法内部的保障机制与宪法上基本权利的制约作用。

本书下篇所做的是专题性的探讨,各专题按“构成要件(客观要件→主观要件)—违法性—有责性”的顺序进行编排。

第四章从风险分配的角度入手,对刑法因果关系理论的发展进行审视与反思。本章提出,归责判断与风险分配存在紧密的关联,刑法中归责判断的复杂化源于规范问题的复杂化,由规范成为归责判断中的施力点而引起。为推进我国刑法因果关系理论的重构,有必要认真处理好三对范畴的关系,即归因与归责、客观与主观以及一般与个别。对刑法中的结果归责而言,不可能存在可以适用于所有个案的一般化标准,但提供一个统一的处理框架是可能的,它应当具备规范性、动态性与可操作性的特点。

第五章围绕事实因果(归因)与规范归责之间的内在作用关系展开探讨。由归因层面存在论基础的差异入手,本章对刑法中结果归责的类型进行系统的梳理与分析,认为需要从支配与义务两大维度去把握刑法中的归责类型。疫学因果学说与风险升高理论所代表的“概率提升”型因果,无法为既有的归责类型所涵盖。结果归责理论的发展呈现范式性的转变,以关系论为基础的刑法因果关系理论,为着眼于规范目的的归责逻辑所取代。有必要引入类型思维,对刑法中的结果归责类型展开考察。区分不同的结果归责类型在规范层面具有重要的意义,因存在论基础的不同会影响归责论的构建与归责规则的具体适用;它对实务中疑难案件的处理也大有助益。归因层面的事实因果判断中,有必要引入 NESS(即充分原因中的必要要素)标准,以弥补条件公式之不足。

第六章对犯罪故意理论做了初步的检视,认为强调意志因素的传统故意理论难以满足刑法控制风险的需要,有必要以对危害结果是否存在认识或预见作为区分故意与过失的标准,并在故意与过失之外引入轻率的罪过形式。随着刑事立法受行为本位思想的影响,结果要素在刑法体系中的重要性有所下降。这对以结果作为认识内容核心的