

风险刑法理论的批判与反思

南连伟^{*}

内容提要：风险刑法理论曲解了风险社会理论，尤其是风险范畴的真实含义，混淆了风险社会的风险与传统社会的风险。该理论针对的是传统社会的风险，它对于传统刑法理论的颠覆是无根据的。风险社会的风险具有全球性、未知性、系统性、两面性，在古典工业社会的背景下，它们被合法化为现代化的“潜在副作用”，古典工业社会的刑法无法化解风险社会的风险。风险社会的危机属于系统危机，需要系统性地解决，这首先有赖于科学和政治的制度性反思。面对风险社会的危机，刑法既不应无所作为，也不应鲁莽冒进，而应当是反思性的。

关键词：风险刑法 风险社会 刑法反思

风险社会理论在西方已产生广泛影响，在国内引起关注却未逾几年。但该理论似乎契合了国内刑法学界某些解释性和建构性的需要，突然变得炙手可热。诸多刑法理论、观点和主张，似乎找到了社会学上的正当依据，一种兼具解释性与建构性特征的风险刑法理论应运而生。^{〔1〕}需要注意的是，尽管风险社会理论和风险刑法理论均源自德国，但国内所探讨的风险刑法理论却非照搬于德国，更多是国内刑法学者根据自己对风险社会理论的理解而衍生所得。因此，从背景上看，

* 中国政法大学研究生院刑法学硕士研究生。

本文的写作得益于中国政法大学曲新久教授的悉心指导，中国政法大学张凌教授、王平教授、阮齐林教授提供了重要建议，在此表示感谢，但文责自负。

〔1〕 风险刑法理论在国内的兴起是近几年的事情。2005年，《马克思主义与现实》杂志发表了德国刑法学者乌尔斯·金德霍伊泽尔的访谈录和《安全刑法：风险社会的刑法危险》一文，但该文并未在国内刑法学界引发明显反响。直到2007年，《中国社会科学》杂志发表了劳东燕副教授的《公共政策与风险社会的刑法》一文，才真正开启了国内风险刑法理论的研究历程。从2008年开始，国内关于风险刑法理论的文章开始大量出现，基本立场是倡导，也有瑕不掩瑜基调下的反思。2009年，《法学研究》杂志发表了陈晓明教授的《风险社会之刑法应对》一文，比较全面地阐述了风险刑法理论的基本主张与内在危险。2011年，刑法修正案（八）将危险驾驶等入罪后，风险刑法理论似乎找到了立法上的支持，在国内甚为风靡。

二者都是基于风险社会理论；从内容上看，二者却存在明显的差异。^{〔2〕}本文针对的是国内所探讨的风险刑法理论，当然，并不排除其中一些问题在德国风险刑法理论中同样存在。

由于风险刑法理论的观点和主张在某种程度上突破了传统刑法的底限，动摇了传统刑法的根基，最近也招致了许多刑法学者的批评。但笔者试图指出的是，由于支持者和批评者都没有充分了解风险社会理论的真面目，这场看似激烈的争论其实并未深入本质。因此，不管这场论战的结局如何，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。

本文试图指出风险刑法理论最根本的谬误，将围绕风险刑法理论的争论推向真正有价值的研究方向。具体完成三项任务：第一，揭示风险刑法理论对风险社会理论（尤其是“风险”的真实含义）的曲解；第二，立足真正的风险社会理论（尤其是风险社会之风险的本质特征），剖析古典工业社会之刑法在应对风险社会之风险时的局限；第三，沿着风险社会理论提出的危机化解思路，明确风险社会的刑法立场。

一、风险刑法理论及其批评

（一）风险刑法理论概述

风险刑法理论的基本逻辑是，如今已进入风险社会，刑法应当积极应对，传统刑法在应对风险时力不从心，故风险刑法应运而生。该理论在论证结构上基本一致：首先引用几段贝克在《风险社会》一书中的论述，强调风险社会的来临，然后检讨传统刑法在应对风险时的乏力，进而提出风险刑法理论的主张。“面对风险社会对人类社会提出的挑战，刑法必须作出适当的反应，传统的罪责刑法观面对这种安全诉求显得苍白无力。这就促使我们深思传统的刑法观是否需要重构？风险社会的刑法观应该作何定位？对第一个问题，答案显然是肯定的，刑法必须作出调整，以反映时代的需求。”^{〔3〕}“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。”^{〔4〕}

风险刑法理论的具体主张有诸多表述。风险社会中，刑法规范的保护必须向前推置，具体来说，主要通过创设以下独立构成要件的方式实现以上目的：预备犯、着手犯、危险犯。^{〔5〕}增加危险犯的规定，未遂犯、预备犯的处罚由例外向非例外发展，增加企行犯的规定（将预备行为、未遂行为作为既遂犯处罚），处罚对预备、未遂的教唆、帮助，增加持有型犯罪。^{〔6〕}在罪之设定上，必须通过罪名设置前瞻性、犯罪构成开放性、犯罪主体延展性、犯罪标准前置性等制度技术，来扩大刑法边界，严密刑事法网，进而实现控制风险、预防危害、保护法益的刑法目的。^{〔7〕}

〔2〕 一方面，德国的风险刑法理论针对的是风险社会理论所指出的“新风险”，比如恐怖主义、金融危机，刑法学者和社会学者对于风险社会理论的理解是一致的。另一方面，德国的风险刑法理论仍然强调对于传统法治原则的坚守，强调自由与安全的平衡，并不主张突破传统罪责刑法的底限。参见〔德〕Ulrich Sieber：《刑法的边界——马普外国与国际刑法研究所最新刑法研究项目的基础和挑战》，周遵友译，载赵秉志主编：《刑法论丛》第16卷，法律出版社2008年版；Ulrich Sieber：《全球风险社会与信息社会中的刑法》，周遵友、江溯等译，中国法制出版社2012年版。克劳斯·罗克辛教授在评价风险刑法理论时也指出：“在运用刑法同风险作斗争时，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。”〔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19页。

〔3〕 郝艳兵：《风险社会下的刑法价值观念及立法实践》，《中国刑事法杂志》2009年第7期。

〔4〕 陈晓明：《风险社会之刑法应对》，《法学研究》2009年第6期。

〔5〕 参见赵书鸿：《风险社会的刑法保护》，《人民检察》2008年第1期。

〔6〕 参见前引〔3〕，郝艳兵文。

〔7〕 参见田鹏辉：《论风险社会视野下的刑法立法技术》，《吉林大学社会科学学报》2009年第3期。

在风险社会下刑法理论需要进行如下调整：刑法体系由罪责刑法向安全刑法转变，刑法机能应以保护社会为主、保障人权为辅，刑罚价值观的侧重点是秩序而不是自由。^{〔8〕} 劳东燕副教授则将风险刑法理论的观点和主张表述为风险社会背景下公共政策入侵传统刑法领域，并通过一系列制度技术对传统刑法进行改造的结果。其可归结为七个方面：定罪标准的前移，行为范畴的拓展，责任范围的扩张与责任形式的多样化，犯罪构成要素的增减，因果关系准则的创新，拟制和推定的扩张，法定量刑情节的设置。^{〔9〕} 陈晓明教授从五个方面架构风险刑法的范式：法益抽象化、行为拟制化、刑罚前置化、罪责功能化、预防积极化。^{〔10〕} 张明楷教授将风险刑法理论的主张归纳为三点：“由于‘风险社会’的到来，刑法应当扩大处罚范围（如增加过失危险犯等）；违法性的根据不是结果无价值，而是行为无价值（反规范性）；不能恪守责任主义，而应当采取严格责任。”^{〔11〕}

综上所述，从基本立场看，风险刑法理论侧重安全（秩序）而非自由，侧重行为无价值而非结果无价值；从具体主张看，风险刑法理论试图通过刑事立法和刑事司法层面的扩张来控制风险，化解风险社会的危机。刑事立法层面的扩张主要体现为法益保护的前置化，比如增设预备犯、着手犯、行为犯、持有犯、危险犯，预备行为的独立化，未遂行为的既遂化。刑事司法层面的扩张主要体现为归责原则和因果法则的扩张，比如严格责任的适用。客观上，这种刑事立法和刑事司法层面的扩张使得犯罪圈全面扩大。可见，较之于传统罪责刑法，风险刑法理论的基本立场和具体主张都有了明显的突破。

（二）风险刑法理论招致的批评

风险刑法理论对传统刑法的突破也招致了学者的批评。这种批评大致分为两类，一类是立足于传统刑法的基本立场和精神而展开的批评。陈兴良教授指出：“‘风险刑法’在化解风险中固然能够发挥一定的作用，但‘风险刑法’本身也存在一定的刑法风险，因而也需要化解。如果刑法面对‘风险社会’无动于衷、毫无作为，那么这样的刑法肯定是不可取的。但是，如果刑法为化解风险社会的风险而过于扩张甚至突破罪刑法定主义、责任主义等法治刑法的底线，那么同样也不可取。”^{〔12〕} 于志刚教授认为：“风险离我们较近，并不意味着‘风险刑法’就应该离我们较近。刑法背后蕴含的正义、文明、谦抑、保守等精神价值是人类社会几百年探索之结晶，不应当在现代社会中被轻易抛弃，每一次犯罪圈的扩张都应当经受得起更多的正当性诘难。”^{〔13〕} 刘艳红教授认为：“‘风险刑法理论是反法治的’”，“在坚持建设法治国的今天，‘风险社会’理论的提出以及‘风险刑法’理论对传统刑法理论的侵入都不能动摇刑法谦抑主义。”^{〔14〕}

另一类则是回溯到社会学领域，针对风险刑法理论的社会学依据——风险社会理论进行的批评，通过否定该理论所描述的风险社会属于社会的真实状态来否定风险刑法理论的价值。张明楷教授指出：“‘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。”^{〔15〕} 他从两个方面提出了依据：首先，贝克的一些表述表明，贝克自己似乎都已经承认所谓风险社会不是社会的真实状态；其次，七个方面的论点表明，人为制造的风险其实并没有增加。这七个方面除了作者的个人观点，还引用了一些国外学者针对风险社会理论的反驳声音。随后，张明楷教授又从刑法

〔8〕 参见胡莎：《风险社会下我国刑法理论的调整》，《广东广播电视大学学报》2011年第2期。

〔9〕 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。

〔10〕 参见前引〔4〕，陈晓明文。

〔11〕 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。

〔12〕 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。

〔13〕 于志刚：《“风险刑法”不可行》，《法商研究》2011年第4期。

〔14〕 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。

〔15〕 前引〔11〕，张明楷文。

处罚范围、刑法违法根据、刑事责任根据三个角度，对风险刑法理论的主张提出了有针对性的批评。

(三) 对批评的批评：为了更好地批评

由于对风险社会理论的理解不够全面，上述批评并未触及风险刑法理论最根本的谬误，不具有完全的说服力。首先，第一类批评质疑和批评的只是风险刑法理论所提出的主张，认为这些主张突破了传统刑法的原则和底限，是错误的。这样的批评很容易陷入自由与安全（秩序）、结果无价值与行为无价值、法益侵害与规范违反的论争泥潭。这样的论争已经持续了很久，每种主张都有其深刻的理论渊源，我们很难完全认定某种主张一定是错的，评判正误的唯一标准只能是社会发展的需要。在风险社会的背景下，倘若社会发展的确需要，这些主张并非完全不可接受，这正是风险刑法论者引入风险社会理论作为自己主张的正当依据的原因。

其次，第二类批评也不具有完全的说服力。问题的确出在风险刑法理论的社会学依据上，反对者的批评找对了方向。但这种批评的切入点值得商榷：否定风险社会是社会的真实状态，无异于否定了风险社会理论。这很难通过言简意赅的理由和已被贝克系统回应过的国外学者的反对来实现。第一，所谓贝克自己承认风险社会并非社会的真实状态的结论源于对欲扬先抑的论证策略的误解。“这是一个能轻易地使此概念的创造者陷入尴尬境地的问题”〔16〕并非贝克在自戕，它的下文是“当然，我得补充说明一下，人们已不止一次地向我们提出过这个问题，因此，现在我也许能十分熟练地回答这个问题”。〔17〕而将贝克对此问题的系统回答归结为“也只是乌尔里希·贝克本人的价值判断而已”〔18〕则是一种最容易提出也最容易推翻的批评方式。第二，“风险绝不是具体的物，它是一种‘构想’，是一种社会定义，只有当人们相信它时，它才会因此而真实并有效”〔19〕也不意味着贝克承认风险社会并非社会的真实状态。我们需要了解“现实”和“真实”的区别，了解风险社会之风险的知识依赖性，了解贝克所提出的定义关系范畴，以及客观上的真实与政治、法律上的真实的区别。第三，导致现代性发生断裂或者说导致古典工业社会转变为风险社会的，不是风险的增加，而是风险的异质性，即“第一次现代化的风险与第二次现代化的全球性风险之间存在的世纪性区别”，〔20〕这些风险已经无法在第一次现代化的道路上通过更多的线性现代化来化解。第四，国外一些学者对于风险社会理论的质疑和批评，贝克已经在其论著中进行了系统的回应，〔21〕我们也可以找到很多与贝克站在相同立场的声音。其中最具价值的风险社会与风险文化的争论，贝克与斯科特·拉什已经在某种层面上达成了共识，〔22〕这仍然需要我们理解风险社会之风险的知识依赖性以及定义关系范畴。第五，风险社会理论批判的并不是科学没有意识到风险，而是科学系统性、制度性地否认风险，概率和统计正是最重要的手段。风险社会理论也未声称“外部风险已经并不重要”。〔23〕至于“有外国学者已经证明：‘在当代社会，风险实际上并没有增多，也没有加剧，相反仅仅是被察觉、被意识到的风险增多和加剧了’”〔24〕这种自然科学

〔16〕 [德] 乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯：《自由与资本主义——与著名社会学家乌尔里希·贝克对话》，浙江人民出版社2001年版，第119页。

〔17〕 同上。

〔18〕 前引〔11〕，张明楷文。

〔19〕 前引〔16〕，贝克等书，第130页。

〔20〕 同上书，第126页。

〔21〕 参见 [英] 芭芭拉·亚当、[德] 乌尔里希·贝克、[美] 约斯特·房龙编著：《风险社会及其超越——社会理论的关键议题》，赵延东、马缨译，北京出版社2005年版。

〔22〕 参见 [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175页。

〔23〕 前引〔11〕，张明楷文。

〔24〕 同上文。

式的肯定命题，斯科特·拉什是无法给出的。总之，风险社会理论在社会学领域已经产生了相当的影响力，刑法学者试图通过否定风险社会理论来否定风险刑法理论，是十分困难的。

那么，风险刑法理论最根本的谬误在哪里？并不在于风险社会理论是错误的，而在于它曲解了风险社会理论，尤其是风险范畴的真实含义。换言之，风险刑法理论所谈的“风险”，并非风险社会理论所谈的“风险”。风险刑法论者没有理解风险社会之风险的本质，尤其是它与传统社会之风险的“世纪性差别”，混淆了二者。因此，在引入风险社会理论作为自己主张的正当依据时，风险刑法理论犯了基础性错误：对风险社会理论尤其是风险范畴的曲解，使得该理论的正当性遭遇严正拷问。有学者也曾质疑这一点，可惜并未深入探究。比如，“姑且不论风险社会中的风险与风险刑法中的风险是否同一个概念，这里要问的是：从风险社会理论能否当然地推导出风险刑法理论，两者之间的某些关键因素是否被有意或无意忽略了？”^{〔25〕}“从目前我国刑法学者有关风险社会对策的讨论来看，对于风险社会中的风险的理解，似乎和上述国外学者所说的具有较大差别，有泛化的倾向。”^{〔26〕}“目前刑法理论界对于风险社会理论的解读不尽准确，至少是有些片面，有先入为主的嫌疑。一些人对风险社会理论的认识，往往是从自己熟悉的刑法专业出发，深陷在刑法学的知识话语结构之间而不能自拔。”^{〔27〕}因此，本文的第一项任务，就是还原风险社会理论（尤其是风险范畴）的真面目，揭示这种曲解，对可能的辩解进行反驳，进而完成对风险刑法理论的批判。

二、风险社会理论及其风险范畴

（一）风险社会与反思性现代化

风险社会理论系统地揭示了现代化进程中的某种断裂或者说现代性的某种断裂：第一次现代化正在为第二次现代化所取代。第一次现代化的背景是一个道德观念世界和一个要被认知和掌握的自然，而现代性成功地消解了封建社会的结构，产生了古典工业社会。与此同时，现代化也逐渐耗尽和丧失了其客体，而它所创造的一些不可控的、毁灭性的全球风险则开始破坏其自身作为工业社会连同其功能原理的前提。处在工业社会道路上的现代化，正在为一种对工业社会原理进行反思的现代化所代替，这就是反思性现代化（第二次现代化）。

贝克所说的反思性现代化，与吉登斯和拉什所说的反思性现代化存在明显差异。^{〔28〕}贝克强调的是现代化的“自我对抗”（self-confrontation），形象地说就是“现代化利用自主的现代化的力量挖了现代化的墙角”，^{〔29〕}译为“反身性现代化”或“自反性现代化”更为准确。简言之，贝克所说的反思性现代化是与第一次现代化相对的一个阶段。随着第一次现代化不断深入，科学将宗教解神秘化，人类了解并征服自然，第一次现代化的预设客体逐渐消失。与此同时，它所创造的一些不可控的、毁灭性的全球风险却正在撼动和消解第一次现代化的基础。古典工业社会的某些精神支柱，比如民族国家主义、组织集体社会、致力于充分就业的资本主义劳动社会、自然与社会的区分、传统政治、初级科学化等，逐渐坍塌，并系统地为世界主义、个体化、不充分就

〔25〕 前引〔13〕，于志刚文。

〔26〕 黎宏：《对风险刑法观的反思》，《人民检察》2011年第3期。

〔27〕 卢建平：《风险社会的刑事政策与刑法》，《法学论坛》2011年第4期。

〔28〕 刑法学者论及风险社会理论，常常将贝克、吉登斯和拉什并列为该理论的代表人物，甚至将吉登斯和拉什的观点视为该理论的主体，这是不恰当的。贝克是风险社会理论的提出者和论证者，吉登斯和拉什从不同的角度对该理论进行了解读或补充，但贝克的思想和吉登斯和拉什始终存在较大差异，尤其是关于反思性现代化这一核心范畴的理解。

〔29〕 [德] 乌尔里希·贝克、[英] 安东尼·吉登斯、[英] 斯科特·拉什：《自反性现代化》，赵文书译，商务印书馆2001年版，第224页。

业、自然的社会化、亚政治、反思性科学化等取代，第一次现代化将为反思性现代化所取代。

因此，反思性现代化阶段的社会形态可以从多个维度表达，世界主义社会、个体化社会、不充分就业社会、亚政治社会等，而贝克选择了风险社会这一维度。倘若他选择的不是“风险社会”这样一个带有历史包袱的维度，或许我们对反思性现代化就会有全面的理解，现实中的曲解可能就不会发生。当然，贝克的选择有其理由，风险社会是反思性现代化阶段的最恰当表达，因为正是那些具有毁灭性的全球风险首先导致了现代性的断裂，它们“将现代化进程带来的问题变得尖锐化了，从而对这些前提提出了质疑”。^{〔30〕}它们是现代化“自反性”的最突出表现，正是它们首先动摇了我们对科学和进步的传统理解，启动了现代化的“自我消解”。也正是借助它们，反思性现代化全部的深刻性和广阔性才逐渐显露出来。

（二）风险社会理论的风险范畴

风险社会理论所谈的那些不可控的、毁灭性的全球风险，或者说风险社会的风险到底指的是什么？贝克指出：“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。”^{〔31〕}“风险是预测和控制人类活动的未来结果，即激进现代化的各种各样、不可预料的后果的现代手段，是一种拓殖未来（制度化）的企图，一种认识的图谱。”^{〔32〕}

在其论著中，贝克多次提到了风险社会之风险的典型表现。“我说风险，首先是指完全逃脱人类感知能力的放射性、空气、水和食物中的毒素和污染物。”^{〔33〕}“今天类似的现象也是显而易见的，无害的东西、酒、茶、生面团等等都变成危险的东西。化肥在世界范围内成为长期毒物。曾经被高度赞扬的财富源泉（原子能、化学、基因技术等等）都转变为不可预测的危险源泉。”^{〔34〕}“集体的生活方式、进步和控制能力、充分就业和对自然的开发这些典型的第一现代性的东西，如今已经被全球化、个体化、性别革命、不充分就业和全球风险（如生态危机和全球金融市场崩溃）等五个相互关联的过程暗中破坏了。”^{〔35〕}

可见，风险社会的风险是特定的。从目前来看，主要包括核爆炸与核泄漏、有毒物质、基因技术、生态污染、金融危机、恐怖主义。贝克在俄罗斯国家杜马演讲时也指出，有三个层面的风险可能在全球风险社会中得到确认，一是生态危机，二是全球经济危机，三是（自“9·11”事件以来）跨国恐怖主义网络所带来的危险。^{〔36〕}这些风险之所以能够导致现代性的断裂，导致古典工业社会到风险社会的突变，是由其异质性决定的——这些毁灭性的全球风险已经无法在古典工业社会的制度和技术框架内，在第一次现代化的道路上，借助更多的线性现代化来化解，它们在古典工业社会的背景下具有不可控性。

简言之，面对这些具有毁灭性的全球风险，古典工业社会的风险控制逻辑已经失效，它针对传统社会之风险而设计的所有旨在控制风险的制度和技术措施都失去了意义：受制于传统的“进步”观念，它们不可能从根本上禁止这些风险，而只能容忍某些“剩余风险”（Residual Risk）的存在，而在核技术、基因技术和生化技术领域，概率极低的所谓“剩余风险”一旦发生，就可能意味着无法挽回的全球性灾难。并且，在古典工业社会风险控制逻辑的掩护和滋养下，核技

〔30〕 前引〔16〕，贝克等书，第19页。

〔31〕 [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。

〔32〕 前引〔22〕，贝克书，第4页。

〔33〕 前引〔31〕，贝克书，第20页。

〔34〕 同上书，第59页。

〔35〕 前引〔22〕，贝克书，第2页。

〔36〕 参见 [德] 乌尔里希·贝克：《“9·11”事件后的全球风险社会》，王武龙编译，《马克思主义与现实》2004年第2期。

术、基因技术、生化技术会得到越来越广泛的应用，就像我们目前所看到的一样。这就陷入了一种矛盾：伴随着古典工业社会的风险控制越来越严格，“剩余风险”却在不断加剧——“控制”成了“失控”的原因。古典工业社会的风险控制逻辑发展到极端就是这样一种景象：全球遍布着那些尽管发生概率极小，一旦发生却意味着全体毁灭的巨大风险。但是，按照古典工业社会的风险控制逻辑，这种景象恰恰是最安全的。正应了贝克所言，这些具有毁灭性的全球风险不是现代化失败的产物，而恰恰是现代化成功的结果，现代化的自反性便在于此。具体而言，风险社会之风险的不可控性，与其全球性、未知性、系统性和两面性有关。

1. 风险社会之风险具有全球性

风险社会之风险的首要特征在于，其毁灭性后果具有全球性。“它们不再局限于特定的地域或团体，而是呈现出一种全球化的趋势，这种全球化超越了生产和再生产，跨越了国家界线。在这种意义上，危险成为超国界的存在，成为带有一种新型的社会和政治动力的非阶级化的全球性危险。”^{〔37〕}核爆炸与核泄漏的后果已经超越了时间和空间。基因突变的威胁是超越国界的，基因食品和基因药品越来越广泛的应用，使得影视作品中描述的全球性基因灾难并非完全不可理喻。工业污染和破坏也是跨越国境的，污染的超国家性再也不能以个别国家的努力来应对。有毒物质的蔓延是全球性的，食物链实际上将地球上所有的人连接在一起。金融危机的全球性更是不言而喻。这些毁灭性的全球性风险需要全球性的应对，而在古典工业社会的背景下，受制于民族国家主义，开展有效的全球性应对是极为困难的。没有任何机构可以有效控制核技术、基因技术和有毒物质在全球范围内的开发利用，更不可能在全球范围内禁止其开发利用。与此同时，这些毁灭性的全球风险一旦在全球任一角落变为现实，都足以波及全世界。

2. 风险社会之风险具有未知性

风险社会之风险“一般是不被感知的，并且只出现在物理和化学的方程式中（比如食物中的毒素或核威胁）”。^{〔38〕}这种未知性使得风险具有了知识依赖性，依赖科学、政治和法律的风险定义。其中科学对风险的定义是基础性的，政治和法律对风险的界定都要建立在前者的基础上（当然，政治需要也会影响科学的风险定义）。我们处在一个科学垄断真理的时代，所有的风险都“必须突破围绕着它们的禁忌防护物，然后‘以科学的方式诞生’在科学化文明中”，^{〔39〕}才能为政治和法律所承认。“只要危险没有获得科学的认识，它们就不存在——至少在法律上、医学上、技术上或科学上不存在。”^{〔40〕}然而，科学是有局限性的。一方面是能力上的局限性。在风险社会中，风险的存在往往已经超出了科学的证明能力，而根据古典工业社会的风险控制逻辑，科学无法证明就意味着不存在。另一方面是品格上的局限性。科学的风险定义往往受制于政治需要和经济利益，受制于古典工业社会的财富生产逻辑和传统“进步”观念。因此，科学会否认风险的存在。比如，科学为我们列出了有毒物质的清单和有毒物质的“可接受水平”，科学宣称：清单之外的有毒物质是“没有科学依据”的，“可接受水平”之下的有毒物质对人体无害。科学也为我们划定了污染物的清单和“可接受的排放标准”，超出清单的污染物是没有科学依据的，低于排放标准的污染物是对环境无害的。人们对于风险的担忧与恐惧，伴随着科学家一句“它们只是潜在的副作用”或“它们毫无科学依据”的论断而烟消云散。因此，风险社会那些具有毁灭性的全球风险，在古典工业社会的科学、政治和法律上往往是不存在的，当然也就谈不上控制问题，任何试图化解和控制这些风险的制度主张和技术措施都“毫无科学依据”。

〔37〕 前引〔31〕，贝克书，第7页。

〔38〕 同上书，第19页。

〔39〕 同上书，第36页。

〔40〕 同上书，第86页。

3. 风险社会之风险具有系统性

古典工业社会的功能分化和专业分工，使得风险社会的风险具有系统性。在风险的生产过程中，每个环节都是正当而合法的，这些正当而合法的环节却共同制造出了毁灭性的全球风险。正如卢曼所言，现代社会的分工形式和不同的功能系统中的决策是风险问题产生的根源，我们不得不面对风险，它们不可能从根本上得到解决。贝克则精辟地指出：“（风险）由工业制造出来，被经济外部化，被法律制度个体化，被自然科学合法化，且被政治变得表面上无害。”^{〔41〕} 风险的系统性导致了贝克所说的有组织的不负责任^{〔42〕}：所有人和没有人成为风险的制造者。“与高度分化的劳动分工相一致，存在一种总体的共谋，因而这种共谋与责任的缺乏相伴。任何人都是原因也是结果，因而是无原因的。”^{〔43〕} 在核风险、基因风险、生化风险的生产过程中，政府、专家、企业和公民个人都参与进来，成为风险制造的环节之一，而每个环节都可以找到正当合法的理由来推卸责任，这就是风险的系统性。举例言之，我们的衣食住行中充斥着各种化学毒物，它们由工业制造出来，科学家为每种毒物都划定了“可接受水平”，宣称“可接受水平”之下的毒物是“无害的”，这使它们获得了政治上的正当性和法律上的合法性，并被农民播撒到田间，被企业添加进产品，最终被推向市场，进入千家万户。在这个过程中，每个主体的行为都有正当理由，他们甚至共同营造出这样一种氛围：有毒物质的添加是进步所必需的，是势在必行的。问题是：数不清的有毒物质的协同和累积作用会导致什么样的恶果？没有人给予回答。风险的未知性和系统性交织在一起，让所有旨在预防和控制风险的制度和技术的举措失去了意义。

4. 风险社会之风险具有两面性

风险是一个中性词，具有两面性：一面意味着机会，以及随之而来的财富；一面意味着危险，以及随之而来的损害。核技术不仅意味着核爆炸与核泄漏，也意味着安全与能量；基因技术不仅意味着基因灾难，也意味着新的产业增长点；有毒物质不仅意味着毒害，也意味着工业的发展和农作物产量的增加。两面性是风险的基本特征，不管是传统社会的风险还是风险社会的风险。区别在于，风险两面性的内容具有异质性，传统社会之风险可能带来的损害，无法与风险社会的风险可能带来的全球性灾难相提并论。我们无法从风险中剥离出危险的成分，并不存在“取其精华，去其糟粕”的两全之策。甚至，在这个高度市场化的时代，连危险本身也不是什么“糟粕”。“这在经济各部门的发展中，同样也在不断增长的为了战胜文明疾病而进行的对环境保护的公共开支上，表现得再明白不过了。工业体系得益于它产生的弊病，并且爽快地说，谢谢你。”^{〔44〕} 风险社会之风险的两面性，尤其是其代表的巨大利益，也间接地促成了它们在科学、政治和法律上的未知性——有些风险并非真的不存在，而是人们自愿容忍并掩盖它们。

总之，风险社会之风险的异质性（全球性、未知性、系统性、两面性）使得它们在古典工业社会的制度框架内变得不可控，并被科学、政治和法律共同赋予了合法性^{〔45〕}——它们是现代化的“潜在的副作用”。“‘潜在的副作用’从而代表了一种许可，一种文明的自然命运。”^{〔46〕} 在传统“进步”观念的主导下，基于国家安全和经济发展等需要，政治在科学的掩护下认可了制造风险行为的正当性，鼓励并且亲自实施这些行为，并自愿容忍它们背后的风险，它们在古典工业社

〔41〕 前引〔22〕，贝克书，第49页。

〔42〕 参见前引〔16〕，贝克等书，第160页。

〔43〕 前引〔31〕，贝克书，第34页。

〔44〕 同上书，第65页。

〔45〕 这种合法性不仅是符合刑法，而且是符合民法、经济法、行政法等前提法，符合国家政策方针。核技术、基因技术的开发和运用，化肥和其他化学添加剂的使用，这些制造风险的行为在当前社会都是正当的。

〔46〕 前引〔31〕，贝克书，第36页。

会的科学、政治和法律上被归为未知的风险和容许的风险。

（三）风险社会之风险与传统社会之风险

在其论著中，贝克不仅剖析了风险社会之风险的本质，还多次严格区分了风险社会之风险与传统社会之风险。详言之，贝克认为传统社会的风险是以“事故”形式表现出来的，“而事故概念，即使是从统计意义上说，也是个在空间、时间和社会方面界限分明的事件，事故总是在一定的地点、一定的时刻涉及一定的人群”。〔47〕因此，它可以在古典工业社会的框架内通过科学变得可预见，通过个人保险、医疗保障、法律制度等变得可控制。但是，风险社会的风险由于其异质性而变得不可控。贝克在论述中多次谈及两类风险之间的“世纪性差别”：“从它们的本质上看，它们使这个行星上所有的生命形式处于危险之中。标准的计算基础——事故、保险和医疗保障的概念等等——并不适合这些现代威胁的基本维度。”〔48〕“一旦发生灾难，消防队赶到了；一旦发生交通事故，保险赔偿支付之。因为对可想象得到的最坏的情形都采取了预防措施，这种事前与事后之间、未来与此时此地的安全之间的相互作用，在核、化学和遗传技术时代已然无效。”〔49〕“与早期的工业风险相比，核的、化学的、生态的和基因工程的风险，（a）既不能以时间也不能以空间被限制，（b）不能按照因果关系、过失和责任的既存规则来负责，（c）不能被补偿和保险。”〔50〕

具体而言，传统社会的事故型风险不可能导致全球性灾难，交通事故与核风险、基因风险、生化风险等存在根本区别。传统社会的事故型风险不具有未知性，交通事故、矿难事故都属于常见风险，它们的原因和可能的后果在科学、政治和法律上都是可预见的。传统社会的事故型风险不具有系统性，“事故”总可以归责于特定的个体或团体，不存在有组织的不负责任问题。传统社会的事故型风险可能带来的损害也无法与风险社会之风险可能带来的全球性灾难相提并论。最本质的区别在于，传统社会的事故型风险可以在古典工业社会的背景下，通过既有的制度和技术手段得到控制，福利国家创造的保险制度、法律制度等都服务于这一目标，而核风险、基因风险、生化风险这些系统产生的可能带来全球性灾难的未知风险，无法在古典工业社会的框架内得到有效控制。

三、风险刑法理论的根本谬误

（一）风险刑法理论对风险范畴的曲解

风险刑法理论最根本的谬误在于，未全面了解贝克的反思性现代化理论，因而对风险社会理论的理解过于肤浅和狭隘，更多地是根据“风险社会”的字面含义，将其理解为“有风险的社会”或“风险增多的社会”，这完全背离了风险社会理论的精髓。尤其是，它未能明确风险社会的风险与传统社会的风险之间的“世纪性差别”，曲解了风险范畴的真实含义。

风险刑法论者几乎将当前社会的所有问题都归入了风险范畴：交通事故、矿难事故、医疗事故、飞机失事、毒品泛滥、信息安全事故，甚至包括贫富差距、贪污腐败、群体性事件、恶意欠薪、暴力犯罪等。〔51〕还有学者对风险进行了分类列举：“当代中国社会面临的风险可以简单地划

〔47〕 前引〔16〕，贝克等书，第124页。

〔48〕 前引〔31〕，贝克书，第19页。

〔49〕 前引〔22〕，贝克书，第71页。

〔50〕 同上书，第101页。

〔51〕 参见前引〔26〕，黎宏文；齐文远：《应对中国社会风险的刑事政策选择——走出刑法应对风险的误区》，《法学论坛》2011年第4期。

分为社会性风险与个人性风险，社会性风险主要是指整个社会面临的风险，社会中的每个个体都可能面临的风险。诸如 SARS、毒品泛滥、艾滋病扩散、恐怖活动、社会性冲突等问题。个人性风险主要是指某些社会个体可能遇到但又不是每个社会个体都可能遇到的生活风险。这类风险与个人的生活经历、生活状态相关而呈现出个体特质的风险特征。诸如矿难事故、交通事故、飞机失事等。”^{〔52〕}“刑法范围内我国正渐渐进入风险社会的主要表现：经济风险（全球金融危机）、安全事故（食品安全事故，矿难，交通事故，信息安全事故，恐怖主义等）和环境风险（全球流行病传播、生态环境恶化）。”^{〔53〕}

可以发现，风险刑法理论所谈的风险，主要还是传统社会的事故型风险。对于风险刑法论者而言，风险社会理论的最大意义，可能只是激活了“风险”这样一个词汇。它恰好迎合了当前普遍存在的焦虑和不安的社会心理，于是，所有的问题都被装入了“风险”这个时髦的“筐”里。这种情形正是露丝·利维塔斯所预见的：“我担心《风险社会》的标题会像赫伯特·马尔库塞的《单向度的人》的标题一样有着同样的吸引力：因为清晰地表达了一个特殊阶层和一个人的经验，后者的标题总是比其论点更多地为人所引用。在这个意义上，风险观念所呼吁的与贝克的论述主旨大相径庭。之所以如此，当然也与生态威胁有些相关，但更多的是因为很多人暴露在经济不确定性、不安全性和焦虑之下。”^{〔54〕}

这种曲解是普遍的，对曲解的转引则会导致更多的曲解。《公共政策与风险社会的刑法》一文中如下论述：“工业革命与现代科技深刻改变了人类的生活秩序与方式。提供了传统社会无法想象的物质便利，也创造出众多新生危险源，导致技术风险的日益扩散。现代社会越来越多地面临各种人为风险，从电子病毒、核辐射到交通事故，从转基因食品、环境污染到犯罪率攀升等。工业社会由其自身系统制造的危险而身不由己地突变为风险社会。”^{〔55〕}这段论述最后一句引自贝克《世界风险社会》一书，前面对风险的列举则是作者的个人表达。现在我们知道，这种列举存在着曲解。然而，作者将交通事故，特别是犯罪率攀升都归入了风险范畴，这为风险刑法的构建提供了直接和有力的依据。这种曲解被多次转引，还被置于贝克、吉登斯等人名下：“以德国社会学家贝克、英国社会学家吉登斯为代表的风险社会理论者认为，‘工业革命与现代科技深刻改变了人类的生活秩序与方式，提供了传统社会无法想象的物质便利，也创造出众多新生危险源，导致技术风险的日益扩散。现代社会越来越多地面临各种人为风险，从电子病毒、核辐射到交通事故，从转基因食品、环境污染到犯罪率攀升等。’”^{〔56〕}

曲解风险社会理论的不只是风险刑法理论的支持者，也包括风险刑法理论的反对者。《风险刑法行为错位论》一文开篇便说道：“风险社会概念是风险社会理论的核心概念。社会学家乌尔里希·贝克（Ulrich Beck）1986年在《风险社会》一书中首次使用‘风险社会’概念来对后工业社会现实进行建构性描述。他认为风险社会是指‘工业化所造成的副作用具有可控性，这的确是一个设计精妙的通过制度化的解决方法预防不可预见事情的反思程序，是一个设计精妙的控制社会，它把针对现代化所造成的不安全因素而提出的控制要求扩展到未来社会’。”^{〔57〕}这一论述中对风险社会的概括引自《自由与资本主义》一书的第124页。然而，这完全是一次错误的引

〔52〕 王振、董邦俊：《风险社会中的刑法回应》，《江西科技师范学院学报》2008年第3期。

〔53〕 前引〔8〕，胡莎文。

〔54〕 前引〔21〕，亚当等书，第303页。

〔55〕 前引〔9〕，劳东燕文。

〔56〕 杨兴培：《“风险社会”中社会风险的刑事政策应对》，《华东政法大学学报》2011年第2期；刘伟：《风险社会语境下我国危害食品安全犯罪刑事立法的转型》，《中国刑事法杂志》2011年第11期。

〔57〕 董泽史：《风险刑法行为错位论》，《国家检察官学院学报》2011年第6期。

用。贝克的这段话描述的是“第一种风险社会”，或者说“第一次现代化风险社会”，^{〔58〕}它实质上指的就是古典工业社会。风险社会理论所描述的风险社会，恰恰是与古典工业社会相对的狭义的风险社会。贝克在随后的论述中说道：“这就是说，风险社会，即体现了控制要求的第一种风险社会，从我迄今为止对它所作的描述来看，是以从空间、时间和社会方面明确界定后果为前提的。而狭义上的风险社会的中心议题是：各种后果都是现代化、技术化和经济化进程的极端化不断加剧所造成的后果，这些后果无可置疑地让那种通过制度使副作用变得可以预测的做法受到挑战，并使它成了问题。”^{〔59〕}

在不同的语境中，贝克所使用的“风险社会”一词具有不同的内涵。在极少数情况下，它指的是“第一种风险社会”（古典工业社会）。绝大多数情况下，它指的是狭义的风险社会，风险社会理论探讨的正是狭义的风险社会。只要我们了解了风险社会的本质——现代化风险的不可控性，就能够准确地把握“风险社会”一词在不同语境下的含义。该文显然未能对风险社会理论有全面的了解，在这种情况下，对风险刑法理论的批评不具有完全的说服力。

（二）曲解还是创新：对可能的辩解的回应

对风险刑法理论根本谬误的揭露，会让风险刑法论者提出这样的辩解：这不是曲解，而是创新，风险原本就是个宽泛的范畴，它既可以指风险社会的风险，也可以指传统社会的风险；风险刑法理论针对的原本就是传统社会的事故型风险，因为随着社会的发展，交通事故、矿难事故、医疗事故、飞机失事等事故型风险也在加剧，需要刑法积极应对。

笔者并不否认，传统社会的事故型风险也可能随着社会的发展而出现规律性加剧。^{〔60〕}比如，道路和车辆增多了，交通事故就可能增加；采矿场增加了，矿难事故就可能增多。但笔者想说的是，传统社会的事故型风险已经加剧到必须重构传统刑法的程度了吗？传统刑法真的已经无法应对传统社会的风险了吗？这一点需要严密论证。然而，这样的论证是极为困难的。传统社会的事故型风险是否在加剧？这需要社会学方面的实证研究来支撑。即使得出了可信的实证研究结论，仍然存在难以解决的问题——传统社会的风险加剧到何种程度才足以导致传统刑法的重构？量变和质变的结合点在哪里？这将再次陷入自由与安全（秩序）的论争泥潭。

风险刑法论者之所以引入风险社会理论作为自己主张的正当依据，正是为了避开这样的论证。较之于传统社会的风险，风险社会的风险不是程度上的差别，而是异质性的“世纪性差别”，风险社会理论已经对这种异质性进行了充分的论证。由传统社会之风险到风险社会之风险的质变，自然可以推导出传统刑法到风险刑法的重构。这样，风险刑法论者打着风险社会理论的旗号轻易地完成了从传统刑法到风险刑法的“危险跨越”。然而，完成跨越的风险刑法理论最终针对的却不是风险社会的风险，而是传统社会的风险，这无异于瞒天过海。

当然，风险刑法理论的根本谬误也为我们提供了另一个研究方向。倘若社会学或刑法学领域的学者能够通过可信的实证研究证实，传统社会的事故型风险在加剧，并通过充分的逻辑论述证明，传统刑法已经无法应对这些加剧的事故型风险，我们当然可以在此基础上探讨传统刑法的变革问题。但是，避开这样的前提性研究，打着风险社会理论的旗号暗渡陈仓，是让人无法接受的。针对风险的刑法应对问题的研究，应当沿着这样的思路展开：首先，根据社会学等学科领域的风险研究结论，在理解风险本质的前提下对风险进行分类研究，比如，将风险区分为传统社会的风险与风险社会的风险。其次，对于传统社会的风险，刑法学者可以通过实证研究探讨它们是否在加剧，加剧到何种程度，以及是否需要重构传统刑法。最后，对于风险社会的风险，应当深

〔58〕 参见前引〔16〕，贝克等书，第126页。

〔59〕 同上书，第125页。

〔60〕 并不是所有学者都认可这一点，张明楷教授否认风险增加的七点理由或许用在这里才具有针对性。

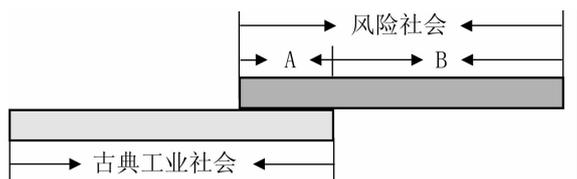
入分析其本质特征，在此基础上探讨这些风险能否为刑法所化解。

接下来，本文将针对风险社会之风险的刑法应对问题展开探讨。事实上，通过上文对风险社会之风险本质特征的剖析，我们已经明确：这些风险之所以能够导致现代性的断裂，导致古典工业社会突变为风险社会，就是因为其不可控性——它们已经无法借助古典工业社会的制度和技术手段进行控制，刑法当然也属于制度手段之一。然而，刑事法律人总是习惯性地相信刑法是万能的。为了更明确地揭示风险社会之风险无法为刑法所化解，下面仍需赘述数言。

四、古典工业社会背景下的刑法局限

（一）宏观定位：古典工业社会的刑法与风险社会的风险

古典工业社会到风险社会的跨越不是瞬间完成的，二者存在一个互相重叠和对抗的阶段。在此阶段，从风险的视角观之，我们无疑已经进入了风险社会；从制度的视角观之，我们却仍处于古典工业社会。贝克将这个重叠和对抗的阶段称为风险社会的第一阶段，将其后的阶段称为风险社会的第二阶段。古典工业社会到风险社会的跨越过程可形象化为下图。



A: 风险社会的第一阶段 B: 风险社会的第二阶段

古典工业社会到风险社会的跨越〔61〕

在风险社会的第一阶段，不可控的风险已经导致了现代性的断裂，但它尚未得到制度层面的承认。在传统“进步”观念的主导下，财富生产的逻辑仍然统治着风险生产的逻辑，科学、政治和法律继续将它们无法控制的风险合法化为现代化的“潜在副作用”，并系统地否认它们的存在。与此同时，否认是滋养风险的最好土壤，“被否认的风险增长得异常迅速和完全”，〔62〕它们终将摆脱“潜在副作用”的束缚，占据社会的中心舞台，并引起科学、政治和法律的系统反思和自我批判。贝克对这一阶段的特点进行了精炼的描述，“在这个阶段上，社会还被定义为工业社会，它作为民族国家的工业社会在进步乐观主义盛行的情况下否认一切风险，虽然人们提出了关于风险定义的各种要求，但它仍然像过去一样否认这些风险定义等等，因此它就一而再、再而三地制造出新的重大风险。这里存在着一种分裂的意识，即一种制度化的精神分裂症。在公众的感觉中，占据主导地位的仍旧是进步的观念、工业生产、保障就业岗位以及财富生产，而其他的一切都遭到否认。然而，对风险的否认就是风险生长所需的最好的土壤。其结果必然是使全球性风险增大到最大限度的格局。”〔63〕

〔61〕 需要注意的是，古典工业社会与风险社会并非两个截然断开的历史分期，只是对现代化不同阶段最突出特征的描述。并不是说古典工业社会的一切特征在风险社会就不存在了。如果我们认为工厂与科学是古典工业社会的特征，那么它在风险社会仍然存在；如果我们认为土地私有制与宗教世界观是封建社会的特征，那么它在风险社会也仍然存在，但我们很难同意风险社会仍然是古典工业社会甚至封建社会。这样的划分试图指出的是，在风险社会，古典工业社会的许多时代特征或者说精神支柱会逐渐退化，而风险社会的时代特征会越来越突出。从这个角度来说，图1所描绘的古典工业社会到风险社会的跨越过程并不完全恰当，因为古典工业社会并不会“戛然而止”，这样的图示只是便于我们清晰地看到风险社会的两个阶段，尤其是风险社会与古典工业社会相互重叠和对抗的阶段。

〔62〕 前引〔31〕，贝克书，第51页。

〔63〕 前引〔16〕，贝克等书，第160页。

我们目前正处在这样一个阶段,不可控的风险已经突破了古典工业社会的边界,所有的制度却仍然是古典工业社会的,当然也包括刑法在内。当前的刑法仍然受制于古典工业社会的民族国家性,受制于传统的“进步”观念,受制于科学和技术的传统理解,受制于割裂的政治,这样的刑法是无法化解风险社会的风险的。从宏观上看,二者之间横亘着一条时代的鸿沟,要求古典工业社会的刑法化解风险社会的风险犹如要求封建刑法废除等级制度,这显然是不可能的。事实上,风险社会之风险的异质性与古典工业社会之刑法的本质是对立的。

(二) 微观分析:风险社会之风险与古典工业社会之刑法的多重对立

1. 风险的全球性与古典工业社会之刑法的对立

风险社会的风险具有全球性,但受制于古典工业社会的民族国家性,刑法具有主权性(国内性)。一国的刑法显然已经无法应对这些全球性风险:即使我们可以通过刑法禁止本国发展核技术与基因技术,也无法禁止它们在其他国家的应用,我们仍然要承担核爆炸、核泄漏、基因突变的风险;即使我们可以通过刑法禁止化肥和一切化学添加剂在国内的使用,也无法禁止它们在其他国家的使用,毒素仍然会沿着全球食物链进入我们的餐饮。现实中最直观的例证,便是2011年3月日本地震导致的核泄漏事故:即使我们的核工程防护能保证万无一失,我们仍然无法规避核辐射的风险,因为它的扩散是超越国家边界的。我们很自然地联想到了国际刑法,但是,在国际化的进程中,刑法的国际化是最为缓慢和艰难的。在核技术、基因技术、化学添加剂等涉及一国安全与经济命脉的问题上,寄希望于出台国际性禁止规定目前仍不现实,这是由古典工业社会的民族国家性所决定的。

2. 风险的未知性与古典工业社会之刑法的对立

风险社会的风险具有未知性,它们在古典工业社会的科学、政治和法律上往往是不存在的。而古典工业社会的刑法恰恰是建立在科学理性的基础之上的。很多学者致力于证明刑法学是一门科学,事实也的确如此,刑事立法是建立在科学论断基础上的,刑事司法也是建立在科学鉴定基础上的。刑法将某种有毒物质的使用行为规定为犯罪,前提是它已经被科学列入有毒物质的清单,并且这种使用已经超出了科学所划定的“可接受水平”。刑法将某种排污行为规定为犯罪,前提也是所排放的物质已经被科学确定为污染物,而且已经超出了科学划定的“排放标准”。那么,对于科学划定的清单之外的,以及“可接受水平”和“排放标准”之下的有毒物质和污染物,刑法无权干预,因为这种干预是“毫无科学依据的”。同样,核爆炸与核泄漏可能导致的“终极毁灭”是无法证明的。既然如此,刑法不可能因为这种“杞人忧天”式的担忧而禁止核技术的开发与应用。总之,科学的无法证明和有意否认,使得风险社会的风险在刑法上只能被归为未知的危险,刑法对此无能为力。

3. 风险的系统性与古典工业社会之刑法的对立

风险社会之风险具有系统性,在风险的生产过程中,每个环节都是正当而合法的,这种正当性与合法性是由科学、政治和法律共同赋予的。古典工业社会的刑法依赖于科学并受制于政治,在科学和政治完成系统性反思之前,刑法无法禁止这些风险。试想,如果刑法将使用某种已被科学设定“可接受水平”的有毒物质的行为直接规定为犯罪,将会在科学、政治和经济领域引发何种紊乱?更不用谈禁止核技术和基因技术这些风险制造行为。系统性的危机必须系统性地应对,而在国家的危机应对体系中,刑法又是最为“后知后觉”的。它有赖于科学和政治进行制度性反思,只有科学承认这些风险的存在,政治不再容忍它们,刑法才能禁止这些风险。

4. 风险的两面性与古典工业社会之刑法的对立

风险社会的风险具有两面性,而刑法规范从本质上来说属于单一的禁止性规范。刑法只能通

过一种方式化解风险——禁止某种制造风险的行为，将其规定为犯罪。比如，为了化解醉驾行为制造交通事故的风险，刑法可以禁止醉驾。这就需要对风险所意味的“机会—财富”和“危险—损害”进行衡量，只有后者胜出，风险才能转化为刑法规范意义上的危险，并为刑法所禁止。然而，这种衡量不是由刑法独自进行的，而是由伦理、科学、政治、法律等共同进行的，并且，其中起主导作用的并非刑法。在古典工业社会的背景下，受制于传统的“进步”观念，后者无法在这样的衡量中胜出。正如贝克所言：“在可感知的财富和不可感知的危险的竞赛中，后者不可能取得胜利”。〔64〕因此，刑法可以禁止核技术与基因技术的应用吗？可以禁止化肥、添加剂的使用吗？试图通过刑法的禁止性规定来化解风险这个现代化的“副作用”，这种做法本身也是有“副作用”的，这就是对现代化造成的不可避免的误伤。较之于即刻便会成为现实的第二种“副作用”，决策者恐怕更愿意忍受尚处于未来的第一种“副作用”——风险社会的风险。因此，在刑法上，风险社会的风险只能被归为容许的危险。

（三）简要回应：风险刑法理论无法化解风险社会之风险

通过上文的论述，我们已经明确：风险社会之风险在古典工业社会的制度和技术框架内具有不可控性，面对这些毁灭性的全球风险，古典工业社会针对传统风险所设计的风险控制手段非但无法化解它们，反而成为它们滋生和加剧的助推力量。风险社会的危机属于系统危机、制度危机甚至价值危机，它需要我们重新思考什么是进步，重新认识科学和技术，需要古典工业社会的科学、政治和法律进行系统的反思。这些风险不属于刑事违法层面的问题，更无法通过刑法来化解。风险刑法理论无论如何颠覆传统，它仍然摆脱不了刑法的本质，仍然要受制于科学和政治，受制于古典工业社会的制度框架，它当然无法化解风险社会的风险。

首先，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，无法超越国家政治方针的制约，更无法超越科学理性的制约。刑法能够为了预防那些在科学上“不存在”的风险，而将那些符合民法、经济法、行政法等前提法，符合国家方针政策，为政府所鼓励并亲自实施的行为规定为犯罪吗？中国核工业的发展正如火如荼，在建的核电站数量全球第一，即使福岛灾难近在咫尺，也无法阻挡核工业发展的脚步。刑法无论如何也不可能超越前提法、政治和科学的重重制约，将这些行为纳入犯罪圈。因此，当我们明确了风险社会的风险是什么以及它们的本质特征，我们就能够理解风险刑法理论所谓增设行为犯、危险犯、举动犯、持有犯等主张是多么盲目。

其次，风险刑法理论在刑事司法上的扩张是无效的。刑事司法的扩张不过是为了再提高一些刑罚的威慑力，这仍未摆脱古典工业社会的风险控制逻辑。它对于交通事故、矿难事故这些传统社会的风险的控制是有益的，但对于那些毁灭性的全球风险，这种事后的威慑是无效的。因为这些风险与核技术、基因技术、生化技术相伴而生、相互依存，无论是严厉的刑罚还是其他制度和手段，都不可能将这些风险的发生概率降为零，不可能消除“剩余风险”。“剩余风险”在交通和采矿领域是可以容忍的，在核技术、基因技术和生化技术领域则可能意味着毁灭性的全球灾难。毕竟，这些风险不同于交通事故，“存在着一旦发生就意味着规模大到以至于其后不可能采取任何行动的破坏的风险”。〔65〕

更需要强调的是，只要我们继续局限于古典工业社会的风险控制逻辑，继续通过更加严厉的刑罚来“控制”这些毁灭性的全球风险，它们便会在越发严厉的刑罚中走向最大化。因为，事后

〔64〕 前引〔31〕，贝克书，第50页。

〔65〕 同上书，第35页。

惩罚非但无法控制风险社会的风险,反而成为“剩余风险”不断滋生和加剧的助推力量。在一份份工程科学的安全报告书的掩护下,核设施不断上马,基因技术广泛运用,有毒物质继续添加,无数概率极小却损害极大的“剩余风险”不断累积和加剧。即使发生了切尔诺贝利和福岛这样的灾难,严厉的刑罚也许可以降低人们的恐慌心理和反对声音,但更多的核电站仍然可以继续建造,“因此,即便明天有两三个核反应堆爆炸,工程科学的报告书也永远是正确的”。〔66〕直到有一天,这些毁灭性的全球风险遍布全世界,即使如此,它在古典工业社会的风险控制逻辑中仍然是“安全”的。这才是风险社会危机的本质所在,也是“现代化的风险已经无法在古典工业社会的框架内借助更多的线性现代化予以化解”的真正内涵:在古典工业社会的背景下,面对风险社会的风险,“制度性地控制”和“制度性地否认”、“制度性地生产”是近义词。

五、风险社会的刑法反思

风险社会从本质上表明自己是个自我批评的社会,这也是反思性现代化的题中之义。风险社会的危机属于系统危机,需要系统性地解决,而非一国刑法通过盲目扩大犯罪圈和前置入罪门槛所能化解。这首先有赖于科学和政治的制度性反思,局限于刑法视域内根本无法找到正确的思路。对于如下论断,笔者深表赞同:“刑事法律人的知识结构和研究视野在‘风险社会’的今天也必须大力拓展至整个法律体系乃至社会经济领域之中,而不能仅仅局限于刑事法律领域之内,否则,基于有限知识而提出的专家治理方案可能会给我国带来更多的风险和更大的灾难。”〔67〕

首先,科学要进行反思。就像第一次现代化过程中科学将宗教解神秘化一样,在反思性现代化阶段,对科学的传统理解也将被解神秘化。科学的怀疑论不再仅适用于外部对象,也开始扩展到科学自身的固有基础和外在结果上。“科学自身是它们要去加以分析和解决的现实和问题的产物与生产者。以这种方式,科学不仅被当作一种处理问题的源泉,而且是一种造成问题的原因。”〔68〕“科学文明进入了一个它不再只去科学地认识自然、人和社会,而是去认识它自己、它的产物、影响和错误的阶段。”〔69〕

其次,政治要进行反思。传统的“进步”观念将被打破,“进步”不再成为否认风险的绝对理由。民族国家政治将为“世界主义”和“地球政治”所取代。亚政治的兴起将会拓展传统的政治领域。政治民主将进入科学和技术内部,进入工厂管理的“隐秘领域”,商业和技术—科学的活动将获得一种新的政治和道德维度。古典工业社会的风险定义关系将被改变,对风险的定义将成为“伦理学,以及还有哲学、文化和政治在现代化中心——商业、自然科学和技术学科——内部的复活”。〔70〕

面对风险社会这一系统危机,在科学和政治完成制度性反思之前,刑法既不应无所作为,也不应鲁莽冒进,而应当是反思性的。为何要反思?因为古典工业社会围绕传统风险建立起来的刑事惩罚和预防机制,非但无法化解风险社会的风险,反而成了其滋生和加剧的助推力量。面对这种矛盾,刑法的某些基础性理念需要反思:刑法所保护的法益是什么?不受毒害还是不受过度毒害?事实上的安全还是科学和政治“界定”的安全?刑法如何处理自己与科学和政治的关系?刑

〔66〕 前引〔31〕,贝克书,第79页。

〔67〕 田宏杰:《风险社会的刑法立场》,《法商研究》2011年第4期。

〔68〕 前引〔31〕,贝克书,第191页。

〔69〕 同上书,第194页。

〔70〕 同上书,第28页。

法如何认定未知的危险和容许的危险？国际刑法将扮演什么样的角色？反思性是现阶段刑法理论应对风险社会危机的正确态度，也是风险社会中刑法的恰当立场，更是风险刑法本应具有的内涵。然而，必须强调的是，刑法的反思要受制于科学和政治的反思，在科学和政治层面的反思完成之前，刑法的反思无法转化为具体的立法或司法主张，更不可能付诸实践，否则将导致系统性的紊乱。在当前的背景下，提出反思性立场的价值在于：它在鲁莽冒进的盲目乐观主义和无所作为的彻底悲观主义之间，提供了一条乐观的悲观主义或者悲观的乐观主义道路。

Abstract: Ulrich Beck, the famous sociologist from German, published a book named Risk Society in the year of 1986, in which Beck advanced the theory of risk society. Those devastating global risks talked by the theory of risk society are specific. There are some typical paradigms of risk can be confirmed now, which are the nuclear risk, the genetic risk, toxic substances, the financial crisis and terrorism. They have essential differences from those traditional risks as traffic accidents and mine accidents. Simply speaking, they can not be controlled effectively in the industrial society. On the contrary, they will become more and more serious under the traditional logic of risk control. We can not eradicate those risks completely, and some residual risks must exist. Residual risks can be tolerated in the field of traffic or mining, but they can not be tolerated in the field of nuclear, gene, and biochemistry.

Once advanced, the theory of risk society got responses from many fields, such as anthropology, sociology, and science of law. In order to resolve the crisis of risk society, criminal law scholars from German firstly advanced the theory of risk criminal law. Recent years, domestic scholars also advanced the theory of risk criminal law, which is different from the former. However, the domestic theory of risk criminal law wrests the theory of risk society, especially the true meaning of risk. It confuses the risks of traditional society with those of risk society. In fact, what the theory of risk criminal law wants to resolve are still the risks of traditional society, so it has no reason to subvert the basic principles of traditional criminal law. The risks of risk society have four characteristics. They are global, unknown, systematic and double-faced, which conflict with the essence of the criminal law. In the classical industrial society, those risks are defined as the potential side effects of modernization, which can not be resolved by the criminal law of classical industrial society. In order to defuse the crisis of risk society, we have to take systematic measures. First of all, science and politics must rethink themselves. Faced with the crisis of risk society, criminal law should not be negative or radical. The proper standpoint should be reflective.

Key Words: risk criminal law, risk society, reflection on criminal law
