

被容许的风险

——法理表达与实践展开

喻浩东

【摘要】否认被容许的风险的存在空间不仅不利于稳定公民的行动预期,而且无助于刑法一般预防目标的实现。为了平衡法益保护与自由保障之间的关系,应当提倡被容许的风险的独立价值,将其定位为阻却行为不法的归责排除事由。在论证路径上,功利主义的利益衡量说、自由主义的法主体性说和规范主义的社会角色说均存在难以克服的缺陷,吸纳它们各自合理内核的制度功利主义才是更为妥当的选择。基于制度功利主义的逻辑,行为因符合由制度确立的规则而被认可,与之相应,被容许的风险成立的实质根据就在于风险行为符合法规范的期待,从而阻却不法。刑法系统运作封闭和认知开放的双重属性塑造了行为符合法规范期待的三种表现形式,即行为达到了法规范要求的谨慎程度,行为维护了宪法上公民的基本权利,行为遵守了其社会子系统的规则。根据法规范期待的不同表现形式,可以分别设定实践中被容许的风险的判断标准。

【关键词】客观归责;被容许的风险;法益保护;自由保障;法规范的期待

【作者简介】喻浩东,上海交通大学凯原法学院助理教授。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2022.6.137~155

【基金项目】本文系国家社会科学基金一般项目“风险社会中过失犯罪的归责原理研究”(17BFX072)、中国博士后科学基金第71批面上资助项目“人工智能产品的刑事风险与归责机制研究”(2022M712046)的阶段性成果。

一、问题的提出

随着客观归责理论研究的不断深入,越来越多的学者认识到,这一理论的功用绝非仅限于限缩因果关系,相反,作为一种实质的构成要件论,其至少会在过失犯罪的行为归责中大有用处。^①德国学者罗克辛明确主张,应以“创设不被容许的风险”来取代注意义务的概念。^②我国台湾地区的学者也指出,“创设不被容许的风险”不但可以解释各种认定过失的理由,还足以说明过失行为的不法本质。^③

在司法实务中,亦有法官明确使用“被容许的风险”来界定被告人行为的性质。在一起涉及危险驾驶的案件中,法官认定,危险驾驶行为侵犯的客体是公共安全,被告人在醉酒后以低于安全驾驶所要求的状态坚持驾驶,其行为已经超出了被容许的风险的范围,故对其“社会危害性不大”的辩护意见

不予采纳。^④在一起涉及医疗损害的案件中,法官给出了“被容许的风险”的判断标准。法官认为,《中国急性缺血性脑卒中诊治指南2014》是指导医师临床实践的规范性依据,而巴林左旗医院遵循该指南的医疗行为属于医事法中的“被容许的风险”,故巴林左旗医院不应承担责任。^⑤

不过,“被容许的风险”这一概念也遭遇诸多质疑之声。张明楷教授曾撰文否定这一概念存在的必要性。^⑥在客观归责理论的故乡德国,亦有诸多学者以相同理由否定“被容许的风险”的存在价值。耶塞克和魏根特直白地表示,被允许的风险概念与其说是各种具体的实体性要件,不如说是针对各种合法化事由的共同结构原理,尽管这是全社会所期盼的,但也不过是将行使有危险的行为的可能作为合法化事由加以承认而已。^⑦瓦利留斯赞同张明楷教授的观点,认为那些通过“被

容许的风险”得到审理的主要案件均可经由注意义务、被害人同意等教义学机制得到解决,因而启用一个界定模糊的术语实无必要。^⑧

尽管如此,风险社会的来临以及与之相应的刑法体系的变迁使我们不得不重新审视这一概念的价值。一方面,世界越来越包含无数的要素以及这些要素之间所可能构成的联系,但过强的复杂性实质上构成了人类行动的沉重负担。法律需要对复杂性进行二值代码的化约,使人类行动具有规范的安定性与预测性。^⑨另一方面,风险的普遍化造成的不安全感迫使刑法体系更具预防性,但若对人们因交往决策而创设的风险一概予以扼杀,社会就会失去发展活力,公民的自由也会受到根本限制。正因如此,在近年来颇有热度的关于自动驾驶汽车刑事责任的研究中,国内外学者均大力提倡以“被容许的风险”来限定汽车生产商的注意义务,以保障自动驾驶汽车行业的发展拥有充分的自由空间。^⑩还有学者主张以“行为创设被容许的风险”作为一些财产犯罪的出罪事由,以合理地区分民事违法与刑事犯罪。^⑪

有鉴于此,本文拟对“被容许的风险”进行法理探究,并在此基础上构建实践中的判断标准。首先,应否提倡这一概念的独立价值?其功能定位何在?其次,如果认可“被容许的风险”具有某种归责功能,那么其实质根据何在?最后,在实务案件中,应以何种标准来判断风险的“被容许与否”?下文将依次对这些问题展开研讨。

二、功能定位:阻却行为不法的归责排除事由

随着人的不法理论及行为无价值二元论在德国取得主流学说的地位,“被容许的风险”这一概念逐渐获得多数学者的认可。相较之下,我国学界由于仍然存在结果无价值论与行为无价值论之间的立场分歧,因此,两大阵营对“被容许的风险”采取了完全不同的取舍态度。本文认为,结果无价值论不仅在理论根基上存在无法克服的缺陷,而且无助于刑法体系预防功能的实现。因此,应

当明确行为无价值在不法成立中的关键地位,提倡以“被容许的风险”作为独立的归责排除事由,以有效缓和法益保护与自由保障之间的紧张关系。

(一)违法性立场决定被容许的风险之命运

在第二次工业革命期间,路德维希·冯·巴尔指出,发展工商业毫无疑问具有危险性,但其不可或缺。尽管从统计学上看,一定数量的人在特定时期内极有可能失去生命,但只要工商业的发展能够满足人们的日常需求,我们就不可能对其予以禁止。^⑫在二十世纪初,规范论的创始者宾丁明确提出了“适当的风险”之概念,认为被容许的行为所导致的损害结果只能被视为不可避免的不幸事件。^⑬目的行为论的提出者韦尔策尔则提倡以社会相当性来限定行为不法的成立,并将“被容许的风险”置于社会相当性概念之下。^⑭在此之后,不仅出现了系统性专著,^⑮而且,在主流教科书中,“被容许的风险”也被作为限定犯罪成立的思想,在犯罪论体系的各个阶层中被普遍加以讨论。

“被容许的风险”受到德国学者的青睐,这与人的不法理论的提出和行为无价值论在不法理论中的地位受到重视有紧密关联。该理论强调,仅有法益侵害结果的发生,并不能说明不法的内涵,相反,违法性始终都是对某一与特定行为人相联系的行为的禁止。行为人有意为客观行为设置何种目的,其出于何种态度实施这一行为,其受到何种义务的约束,这些都在可能发生的法益侵害之外对行为不法发挥决定性作用。^⑯在人的不法理论的影响下,行为无价值二元论在德国逐渐占据支配地位。该理论主张,只有当结果无价值与行为无价值同时存在时,才能成立不法。结果无价值与行为无价值既相互关联,又相对独立。一方面,行为无价值在内容上愈加依赖于法益侵害,只有在客观上具备结果发生可能性的行为方式,才能成立行为无价值;另一方面,行为无价值具有独立于结果无价值的社会道德评价内容,只有当结

果无价值依存于行为无价值的客观方面时,才能符合结果可归责的原则。^①

在我国,赞成行为无价值论的学者大多强调“被容许的风险”这一概念的重要价值,并且较为一致地提倡以此来限定过失犯的成立范围。^②但是,由于结果无价值论一直占据主导地位,因此,通说始终对这一概念保持怀疑和拒斥的态度。通说主张,犯罪的本质在于它危害了国家和人民的利益,危害了社会主义社会。基于此,犯罪客观方面中的危害行为就是在法律上对社会有危害的、基于人的意志支配的身体动静。某一付诸实施的行为只要符合刑法分则的规定,并且危害到了社会主义的社会关系和利益,其就为刑法规范所禁止。^③可是,即便在引入德日刑法理论之后,主流学说也并未给予“被容许的风险”这一概念真正的生存空间。其实,只要坚持犯罪的本质是法益侵害,且不认可行为无价值在不法成立中的关键作用,就不可能培育出“被容许的风险”概念赖以生存的土壤。

(二)结果无价值论的理论缺陷与功效缺陷

本文认为,以结果无价值论作为违法性的基本立场,不仅在理论根基上存在无法克服的缺陷,而且根本无助于刑法一般预防功效的实现。

1. 理论缺陷:结果无法脱离行为而单独建构不法

结果无价值论者坚信,犯罪的本质只能是法益侵害,但即便认为刑法的目的是保护法益,也无法从后者中推导出前者。

首先,只有人的行为所导致的侵害结果才可能引发刑罚的制裁。结果无价值论所迷恋的古典刑法理论仅仅将人的行为视为一个因果过程,也即一个身体举动及其所导致的外部世界的变动,而不关注该变动所具有的社会内涵。^④但刑法并不关心外部世界的变动,对行为人的处罚之所以是合法的,乃是因为其本人对法的效力提出了质疑,从而有责地引起了规范遭受侵蚀的危险。^⑤

其次,只有当行为人以特定方式引起法益损害时,其才会受到刑法的制裁。法益保护只能是片段性的。刑法并没有打算对所有法益侵害均予以回应。法益侵害也是所有部门法中违法性的共同特征,因此,仅通过有无法益侵害并不能区分刑法与其他部门法。^⑥正如韦伯在《经济与社会》中指出的,公众对道德或自我利益的关切,要求规范在遭到违犯时应进行抵偿。私人权利一旦遭受侵犯,受害方理应得到补偿,但这并不是在实施惩罚,而是在恢复法律所保障的状态。补偿和抵过与犯罪的概念毫不相干,因此,补偿和抵过也反映内在动机和心理态度的犯罪程度观念毫不相干。刑法的原始形式是在“个人行为危及邻里、亲属或政治联合体的所有成员”这种状况下发展起来的。^⑦简而言之,法益侵害本身只会引发私法的关注。若想追究行为人的刑事责任,必须在规范共同体层面寻找额外的实质根据。

再次,结果无价值论者认为,任何行为只要没有侵害刑法所保护的法益,刑法就不得干预。^⑧但这一命题无法从“刑法的目的是保护法益”中被推导出来。其一,为何一定要等到法益面临具体危险时,刑法才开始介入?雅各布斯指出,按照“刑法的目的是保护法益”的思考逻辑,人们最好用刑法来对抗潜在犯罪人的危险思想以及该思想的源头。^⑨其二,刑法的介入无法保护“过去时”的法益,而只能预防性地保护未来一般人的法益。也就是说,法益侵害说中的“法益”与“刑法的目的是保护法益”中的“法益”根本就是不同客体。“犯罪的本质是侵犯法益”与“刑法的目的是保护法益”构成两个逆向命题。^⑩事实上,国内外的刑事立法和司法实践普遍认可对抽象危险犯和不能未遂等进行处罚的正当性。

2. 功效缺陷:结果好坏无法成为如何行动的指南

结果无价值论者强调,刑法规范主要是评价规范,而不是决定规范,但对事后结果的好坏评价

根本不可能在事前指导人如何行动。

恩吉施曾断言,一个评价只有在被武装成命令的时候,才能够成为真正的法规范,仅仅凭借单纯的评价规范,法律根本无法发挥它对人类生活的支配作用。^④与民法中公平责任和损害救济的价值取向不同,刑罚的目的在于一般预防。要想发挥这种功能,刑法就必须针对能够理解和遵守刑法规范的人来发布命令,^⑤但一个在事前发出的命令不可能以还未发生的结果之好坏作为前提。“你被不允许实施一个会造成法益净损失的行为”显然不是一个有效的命令语句,因为这种命令只适用于全知全能者,而绝非适用于认知有限的人类。更为致命的是,结果无价值论的正当性判断只提供了事实信息,而无法提供任何行动指导信息,因为正当与违法完全变成了一种描述性语句,丧失了作为其灵魂的规定性成分。当一个结果无价值论者声称“A的行为是违法的”的时候,我们无法得知应当避免A的行为,还是应当仿效A的行为。^⑥刑法规范毋宁是一种应然规范。^⑦只有那些包含“当为”的信息,才能充当行动的指南。至于刑法规范在事后对行为效果作出否定评价,则是为了向人们证明实在法规范的有效性,从而通过保障行为规范的效力来间接保护法益。^⑧

因此,法益侵害并非犯罪的本质,而只是法规范被违反的表象。^⑨行为是否违反了刑法功能运作所必需的行为规范才是不法评价的重心所在。刑法要想实现其一般预防的功效,就必须在事前告诉行为人应当如何行动。因此,问题不是“要不要”区分而是“如何”区分被容许的风险与不被容许的风险。^⑩

(三)被容许的风险作为独立的归责排除事由

基于以上论述,对于风险行为,应当在刑法规范上区分“被容许与否”。在体系定位上,应当提倡以“被容许的风险”作为独立的归责排除事由,其既区别于紧急避险、社会相当性等阻却违法事由,又区别于合义务替代行为等阻却结果不法的归责排除事由。

首先,“被容许的风险”的成立前提在于,行为对法益产生了法律上重大的风险。如果行为根本不会威胁到相关法益,那么就不属于“被容许的风险”的适用范围。例如,有学者指出,行为人A隐瞒自己公车私用和B酒后驾车等相关事实,欺骗其他领导并使之作出错误决策,从而免除了本应由A和B自行承担的赔偿义务。从表面上看,这似乎是将单位财物据为己有,但其用公款赔偿被害人家属的行为之所以不构成贪污罪,是因为根据相关法律和司法解释的规定,单位本来就负有赔偿义务,因此,B酒后驾车肇事所导致的单位财产减少并非为法律所反对。^⑪但显而易见,由于单位的赔偿义务具有强制性,因此,从一开始就不存在财产减少的法益风险,也就谈不上风险“被容许与否”的问题。

其次,“被容许的风险”与紧急避险等正当化事由在性质上截然不同。尽管从广义上说,两者都属于刑法上的容许规范,但后者具有强容许的性质,属于赋权事由。金德霍伊泽尔指出,如果一种举动虽然为某一普遍有效的禁止性命令的描述所包摄,但在具体情境中基于特殊的情状而得到了容许,那么,该举动就获得了强容许。^⑫由此看来,正当防卫、紧急避险等强容许规范允许甚至鼓励行为人在特定情境中有目的地针对他人的法益实施“侵害”,且行为效果及于结果,相对方对此负有容忍义务。^⑬然而,“被容许的风险”并非法律的赋权,而只是在个案情形中给予行为人的豁免。我们因行为人满足了法规范的要求而无法将法益侵害结果归责于行为人,但并不代表侵害结果也是法律所允许的。^⑭因此,有学者用“其他交往参与者遭受的不予防御的风险”来规范性地界定“被容许的风险”,认为其与紧急避险相似,不同于后者的地方只在于,“被容许的风险”更强调一般性的利益衡量,它赋予了行为人在具体情境中不必为了降低风险而使出浑身解数(即免于投入注意力资源)的空间。^⑮

再次,“被容许的风险”不应从属于社会相当

性理论。社会相当性理论被用来将那些字面上为刑法规范所涵盖但完全处在正常的、历史性形成的共同体生活的社会伦理秩序范围之内的行为排除出不法的范围。^⑨尽管有学者强调,在判定行为是否具有社会相当性时,除了考虑其通常性和必要性之外,还要考虑其是否为整体法秩序所接受,^⑩但这也无法改变社会相当性判断重在“社会通常”的事实。然而,我们无法从实然推导出应然。^⑪新近的研究成果更是指出,社会相当性理论得以适用的场合均处于法律化尚未成熟的阶段,而“被容许的风险”却恰恰应当在法律化相对成熟的背景下才有适用余地。因此,在后者的意义上,社会相当性就是一个过时的概念。^⑫

最后,“被容许的风险”不应被定位在结果归责的环节,因此,其与合义务替代行为的检验被区别开来。不同于个别论者将合义务替代行为的检验定位在“风险创设”,^⑬本文认为,合义务替代行为的检验只是为了将一些无法由遵守规范而得以避免的结果排除出归责范围,实质上仅仅在事后否定了注意义务的个案效力,但这并不能反过来说明相关注意规范不是人们在事前应当遵循的行为指南。而且,之所以要进行合义务替代行为的检验,恰恰是因为行为人事事实上没有在“被容许的风险”的范围内行动,因此,若要判定结果是否可归责于行为人,就要看“被容许的风险”是否能单独说明结果的发生。^⑭

综上所述,“被容许的风险”应作为独立的阻却行为不法的归责排除事由,被定位在客观归责的行为归责环节,且不应被限于过失结果犯,而应被扩展到所有犯罪类型当中。而且,对于“被容许的风险”,不应仅作出立法政策层面的考量,还应在刑法教义学中发展出具有司法可操作性的区分“被容许与否”的判断方法。

三、实质根据:符合法规范的期待而阻却行为不法

以“被容许的风险”排除行为不法,必须具有

实质根据,否则就会成为循环论证。但既有规范层面的三种论证路径都存在难以克服的论证缺陷,因此,吸纳了三种路径各自合理内核的制度功利主义才是更为完善的论证思路。按照制度功利主义的逻辑,行为只能因符合由制度所确立的行为规则而被法律认可。与之相应,“被容许的风险”的成立的实质根据就在于,风险行为符合法规范的期待从而阻却行为不法。

(一)功利主义的利益衡量路径及其缺陷

恩吉施曾指出,为了实现法秩序所允许的目的,可以容许人们创造风险,但必须要综合测算所追求之目的的实现可能性,以及冒险行为造成法益侵害的可能性。^⑮罗克辛也认为,风险是否应被容许,取决于对以下两方面的衡量:一方面是人的行动自由及与行使该自由紧密关联的社会利益,另一方面则是其中不可避免的风险。^⑯黄荣坚进一步给出了判断思路:既要考虑利益的大小,也要考虑风险的大小。分开来看,所要争取的相对利益越大,越容许冒险,风险越小,越容许冒险;合并来看,即便某一利益(如生命)显著高于另一行动利益(如使用水果刀),但由于后者可能引发的风险没有大到让人牺牲后者来保全前者,因此,风险还是会被人们所容许。^⑰

尽管利益衡量路径一直处于通说地位,但其理论上的缺陷无从回避。首先,如果单纯比较生命利益与其他任何一种利益,自然应以生命利益至高无上为由要求放弃行动的实施,这等于否定了风险被容许的可能性。而且,严格的数字量化并非利益衡量路径的发展方向。汉德公式所采取的计算方法,尽管表面上使整个衡量过程具备了客观性和精确性,但这种方式能否胜任司法判断的任务却值得怀疑。这是因为,当我们对所要量化的各种对象不能寻找到共通的统一尺度时,就不能实现完全的定量化。^⑱此外,经济分析消解了行为的对错问题,取消了“过错”的责任基础地位。承担责任不是因为行为有过错,而是为了将

事故成本归于能通过最低成本避免事故之人,但事实上,我们很难判断究竟是行为人、被害人还是第三人人才是这样的人。因此,实际上,我们总是以行为人为考虑对象。如果是这样,那么对行为人施加严格责任就总能促进经济分析所希望的效率。^④

其次,利益衡量并不等同于法益衡量,对构成要件阶层的利益衡量不能只考虑当下的行动效应。作为利益法学派的代表性学者,黑克所采用的“普遍观察的准则”要求对个案中所有相互冲突的利益进行全面的衡量。^⑤在立法者创设一个法律规范时,那些抽象的目标意念(如法律安定性、经济性等)毫无疑问被一起作为利益得到了评价。^⑥而在法律发现的过程中,必定要考虑整体法秩序的价值判断和价值理念。行为之于整体法秩序的意义、维护最高法律价值和一般性法律原则之于公众的利益等,都需要被放入衡量之天平。^⑦而且,以法益衡量取代利益衡量的做法,忽视了利益的层次结构,只将利益狭隘地界定为当事人双方的具体法益,而不考虑制度利益和法治国的基础利益。然而,无论对于刑法还是民法而言,这两种利益都是衡量的关键所在。^⑧

再次,当利益与相对利益分属不同主体所有时,为什么行为人有权为了满足自己的利益而擅自在自己的利益状态与他人的利益状态之间作出衡量,并以此来决定干预他人行为的容许性?基于功利主义追求的“最大多数人的最大幸福”之目标,以此为根基的利益衡量并非指向单个人的福祉与恶害之间的衡量,而是指向不同个人的福祉与恶害之间的衡量。那么,是否只要他人权益具有凌驾性,就可以抑制甚至牺牲个人权益?^⑨这一根本性的质疑是利益衡量路径的主张者必须予以回应的。

(二)自由主义的法主体性路径及其疑问

正是因为看到功利主义因整体利益的衡量而形成对个体的强制,周漾沂才旗帜鲜明地提出了

以自由主义为根基的法主体性路径,主张风险是否应被容许只能取决于每一个拥有外在自由领域的法主体的意愿。只有当遭受风险的被害人自愿承担风险,才能够使行为人所创设的风险成为“被容许的风险”。^⑩

这种论证路径是以对刑事不法概念的重新界定为前提的。传统的法益侵害说和目的行为论仅仅关注行为带给外部世界的消极变动以及行为本身所具有的目的和样态,而缺失了对行为在法律、社会建构层面的考察。这种新的不法概念意图从行为的视角延伸到主体间的视角来看待其内在理性,也即对行为的界定必须以该行为与另一个自由的法律人格体的关联为前提。^⑪主体间原本互相承认对方为平等的法主体,但刑事不法行为则意图表达对这一承认关系的否定,这种否定通过行为人改变他人支配下的法益事务的结果状态而得以体现。这种主体间的不法概念强调被害人行为在不法建构中的重要作用,简而言之,就是被害人的态度及行为人对此的认知是建构不法的理由。基于此,风险的“被容许与否”就取决于其是否为被害人自愿接受。^⑫

不过,这种论证路径也会面临如下质疑:其一,法主体性路径将社会理解为个体的集合,而不愿意接受超越个人而建立的整体性,但法律人格体的存在必须以社会为前提。为了避免“所有人对所有人的战争”,让人们享受安全甚或生命的基本愉悦,享有秩序井然、平稳运行的经济带来的一切便利,人们采取签订社会契约的方式将自我管理的权利授予一个集体,使其能够采取任何行动或命令别人采取行动。^⑬自契约签订之始,个人与国家、社会便相互依赖和彼此关联。社会中的目标物、知识及行为准则的建构被我们的集体共享,会塑造或限制我们的观念和行动,其结果就是产生社会互动、集体行为所需要的可预测性与秩序。^⑭因此,社会并不是具有自由意志的法主体的简单集合,能够协调社会成员生活和行动的价值

观和规则也并非基于个人意愿所创设。

其二,法主体性路径并不契合大型匿名化的复杂社会。现代社会并不是一个“没有陌生人的熟人社会”,必须要靠契约来重新构建人与人之间的信任。^④经由契约加以调整的社会意味着匿名化,因此,人与人往往并没有直接沟通的可能性,而且没有直接沟通的必要。这样一来,经由个人意愿的表达来决定某一风险是否应被容许的想法也就成为空想。正因如此,周滢沂不得不承认,在广泛性社会交往的场合,只能借助规范这一连结交往主体认知与意愿的中介来作为判定“被容许的风险”的实质标准。^⑤

其三,法主体性路径强调个人的自由权利,然而,一旦脱离法律的保障,权利只能是一纸空谈。自由的个人不可能只顾及自己的选择而不顾及他人。过分强调保护个人的自由和权利,只会不鼓励更好的生活方式,甚至由于个人日益缺乏对公共利益的认同,反倒会把国家为推行福利而建立的自由民主秩序当作非法要求。^⑥因此,各国刑法普遍保护个人法益之外的社会和国家法益,因为这些超个人法益是个人法益的基石。^⑦以法主体性为根基的法益观不仅与此相悖,而且,由于法主体只能对个体法益加以处分,因此,会使“被容许的风险”之适用空间被不当限缩在侵犯个体法益的犯罪当中。

(三)规范主义的社会角色路径及其谬误

雅各布斯则从规范共同体如何得以形成和维系的视角来思考风险被容许与否。他认为,由于共同体的存续必须依赖一个脱离了个体的任意而建立起来的联系框架(也即规范),而正是规范指导着那些有能力理解它的人格体之间的匿名交往,提供标准的解释模式,所以社会才体现出同一性。^⑧刑法服务于强化人们对这种匿名交往的期待,所以,当规范被违反时,刑法就要把令人失望的行为界定为缺陷或错误,从而让人们可以信赖规范是有效的。而维护法规范的效力则需要稳定

各个社会角色的行为期待。^⑨角色意味着一束权利与义务的集合。履行了角色所规定的义务,就履行了保证人的义务,所创设的也就只能是“被容许的风险”。^⑩按照这样的逻辑,一个在餐馆打工的生物系学生在认识到盘子中的蘑菇有毒的情况下,如果仍然将蘑菇端给顾客,那么,由于其实实施了符合其社会角色也即服务生的行为,所以创设的只是“被容许的风险”。同样,当五金店的老板将刀具卖给一个顾客时,即便他偶然得知该顾客将用这把刀去杀人,其卖刀行为也是合法的。

但是,即便我们认同刑法的任务是保障法规范的有效性,也无法赞同以社会角色来作为维护规范效力的工具。一方面,规范效力的维护脱离法益保护难以立足。许迺曼曾言,应挺身反抗一个把刑法教义学蜕变成一种纯粹规范论的且因此最终自我指涉的体系,^⑪剑锋直指雅各布斯的系统论刑法原理。尽管卢曼的系统理论认为,社会功能性地分化为各个自创生的子系统,这些子系统均是封闭运行的实体,借助其要素的递归式生产从而自我创生和自我维持,^⑫但即便是封闭系统,也不应只为了维持其自身而存在,其最终目的毋宁是生活在其中的人。刑法规范对人们行为的禁止的正当性必须得到证明。而在相关法益面临紧迫的威胁时,雅各布斯的支持者要求行为人退缩到角色之后,^⑬这难道不正是着眼于法益保护而作出的例外选择吗?另一方面,创设法益风险的行为人无法援引社会角色来开脱罪责。雅各布斯忽视了全体公民都无法摆脱的最基本的社会角色——共同体的成员。作为社会成员,任何公民都负有“不得随意伤害他人”的基本义务,这项义务不会随着公民扮演的不同角色而改变。这是因为,在规范层面,不是对社会角色的期待而是刑法对一个忠诚于法的公民的期待才是重要的。^⑭

(四)重构:制度功利主义与符合法规范的期待

本文认为,单纯采用上述任何一种路径都存在难以克服的论证缺陷,因此,在吸纳三种路径各

自合理内核的基础上重构实质根据,才是问题的出路。

首先,只要法律体系并非纯粹自我指涉的封闭体系,而是始终指向一个理想目标,且对部分风险行为的容许是基于法益保护和自由保障之间的平衡考虑,就无可避免地要以功利主义和利益衡量作为归责机制设计的根基和思路。功利主义的影响之所以如此巨大,是因为人们认为,功利主义原理之于社会,譬如牛顿定律之于自然界。对社会的治理与对自然的探索一样,只要能够发现其中的客观规律,就能够由人类自己来控制与引导。^①在刑罚论层面,报应刑思想的衰落早已成为命中注定的事实,刑罚的实施普遍被视为旨在实现预防犯罪之目的。由于刑罚的施加必须考虑现实的社会政治需要,故刑事政策成为连结政治与刑法的重要桥梁。^②目的理性刑法体系的创立正是试图跨越刑事政策与刑法体系之间的鸿沟,将刑事政策的功利目标贯彻到刑法体系的各个部分。客观归责理论及“被容许的风险”概念,正是目的理性刑法体系结出的累累硕果之一。为了更好地实现刑法的预防目的,归责需要合理的风险分配,而风险分配实质上就是对义务的分配,这恰恰要求对创设风险的行为所涉及的各种利益进行权衡和取舍。

其次,在利益衡量的过程中,应考虑个人基本权利的保障和自由决定的影响,决不能将个体作为量化的、可计算的价值客体加以对待。刑法中的利益衡量应以制度利益为核心来展开,对制度利益的解读受到法治国基础利益的制约和控制,不仅不允许背离基本权利所彰显的价值,而且对于某些基本价值,禁止作出相对化的处理,即不允许这些基本价值为其他利益所超越。^③对某类行为的许可尽管是综合权衡各种竞争利益的结果,但应尊重相关利益持有者的意志与决定。如商谈性的责任概念不将行为人理解为规范接收者,而视其为法治民主国家中规范的起草者,规范正是

表达了沟通性自治的人格体对于彼此之间的利益平衡的法律理解。^④

再次,为防止以追求法益保护之名而对公民施加无止境的注意义务,必须以一定的行为期待来限定义务的边界。但这种期待不是对社会角色的期待,而是对行为人实施理性行为的期待。在现代法治社会中,任何一项可能对公民自由造成限制的法律义务获得正当化的前提均在于,它能够得到理性公民的自愿接受,从而成为一项可以普遍适用的法则。一旦行为人的谨慎态度达到了法秩序的基本要求,那么,对于其认知能力出现的下降就无法在法规范上予以谴责。无论是社会角色理论,还是社会相当性思想,背后深层次的思考都在于,在可预见的危险俯拾皆是的社会中,应最大限度地稳定人们的规范预期,避免以刑罚手段打破既存的社会信任,保障人们应有的行动自由。^⑤

这恰恰体现了制度功利主义的核心思想。按照制度功利主义的逻辑,行为因符合制度所确立的行为规则而被评价为正当,而制度本身则因其规则普遍被遵守能带来最大的社会功利而被评价为正当。^⑥详细来说:其一,制度的形成和政策的制定必须能够实现社会整体功利的最大化。但是,由于存在策略性互动的问题,社会和国家没有办法对每一个行为的功利的大小进行准确判断,更没有办法对所有行为的功利进行加总和比较,因此,成本较低的办法是由国家和社会设计出一套社会制度来约束每一个人的行为。^⑦其二,制度功利主义认识到了人的有限理性,即不能对某些功利加以准确衡量和比较,因此,主张建立一种有效的权利体系来保障每个人的权益的实现。在制度层面,个人偏好和他人偏好是兼容的,社会制度并不会要求为了其他目的而损害一个人的权利。^⑧而且,制度功利主义不可能允许为了更大利益而惩罚无辜者,因为根据功利的计量,所有从惩罚无辜者中得到的利益都会被它所引发的苦难抵

消。^⑨其三,与规则功利主义假定一套理想的规则体系不同,制度功利主义关注规则的现实有效性。因此,它必须考虑既有文化、道德、政治和经济等因素对制度的实际效用的影响。^⑩人们可以相信,只要按照制度和规则来行事,行为就是被容许的。

基于此,我们就可以重构“被容许的风险”的实质根据:行为只要符合法律制度所确立的行动规则,就会被认定为正当,而出于平衡法益保护和自由保障之利益的考虑,刑法规范不可能要求人们绝对避免实施带有法益风险的行为,而只能期待人们在一定程度上将自己遵守规范的能力维持在必要的水平之上。法规范向社会生活中的个体展示了行为样板,使人们拥有了方向性的安定感,允许人们期待,只要实施了“符合法规范期待”的行为,就不会与他人的利益发生冲突,所创设的即是“被容许的风险”。^⑪

值得说明的是,对风险的容许并不意味着刑法放弃了对被害人的保护甚至贬低了生命的价值。一方面,刑法规范并未赋予行为人生杀大权,而只是对不可归责的法益侵害给予谅解和宽恕,因此,对于被容许的风险行为所导致的侵害结果,被害人不仅无容忍的义务,而且可以要求行为人对其所遭受的损失进行民事赔偿。另一方面,刑法规范经由利益衡量而容许某一风险行为的实施,在规范意义上为被害人所同意。由于任何参与社会交往的行为都是“自陷风险”,因此,每个能够理解规范的参与人都应当承担其交往行为必然附带的风险,而这种风险正是法规范所期待的由被害人自我防护的风险。^⑫

四、判断标准:基于法规范期待的具体形式的设定

既然“被容许的风险”的成立的实质根据在于行为符合法规范的期待,那么,对何为法规范的期待的解读并确定相应的标准就成为问题的关键。由于法律系统兼具运作封闭和认知开放的双重属

性,因此,在法律系统内部,既要考虑刑法子系统自身的功能运作如何可能,也要兼顾刑法子系统如何与宪法子系统相协调,而在法律系统外部,则要做好刑法子系统与其他社会子系统之间的关系。

(一)行为符合法规范期待的三种表现形式

1.行为达到了法规范要求的谨慎程度

法律系统的运作只有依靠人的意识才得以可能。任何沟通都必须通过意识的过滤在系统的环境中进行。沟通依赖人的意识,只有借助意识才能得以运转。^⑬由于刑法通过确证行为规范的效力间接地实现保护法益的目的,因此,作为规范接收者的公民必须具有理解并遵守规范的能力。在过失犯中,行为人对结果承担刑事责任的根据就在于其没有按照法规范的要求履行必要的注意义务,导致未能有效调动自身能力避免结果的发生。注意义务就是要根据规范接收者的能力来确定其在多大程度上受到客观上当为规范的约束。因此,除了行为人必备的身体、智力等能力要素之外,还必须对司法者对行为人的谨慎态度所提出的要求加以限制。一旦行为人的谨慎态度达到了法规范的期待,那么,其未能调动能力避免结果的状态就不具有规范上的可谴责性。^⑭基于此,行为符合法规范期待的表现形式之一就是行为达到了法规范要求的谨慎程度,从而创设“被容许的风险”。

2.行为维护了宪法上公民的基本权利

刑法系统的运作还必须关注宪法子系统作出的价值判断,并据此决定自身的运作结构是否需要调整。^⑮尽管对具体犯罪构成要件的解释主要是关于刑法科学和刑事法庭的问题,但当某种解释过分地侵犯了基本权利时,相关问题就转变为宪法科学的问题。^⑯实定宪法上的权利规范将民主国家所应护持的价值引入刑法体系,从而在整体法秩序融贯性和正当性的意义上对刑法规范进行补充和续造。^⑰在故意犯中,原则上并没有“被容许的风险”的存在空间,但对于言论犯罪等特殊

犯罪而言,倘若行为只要具有侵犯名誉的风险就被禁止,那么,宪法所保障的言论自由将沦为一纸空谈。更重要的是,除了确保个人的自我实现之外,对言论自由的保障还是人民参与公共事务管理和实行民主的基本前提。^⑧特定个体或集体的名誉必定是在社会交往关系当中得以具体化的,人们对他人的名誉并非负有无条件尊重的义务。既然人们的行为及其生活关系会对他人产生影响,那么,人们就难以避免受到他人的评价甚至批评。刑法必须保障公民在特定条件下对其他个体发布的言论不受追究,以使人们可以期待,人们相互间的承认关系不会因为言论的发布而遭到动摇。^⑨基于此,行为符合法规范期待的表现形式之二就是行为维护了宪法上的公民基本权利,从而排除了法所禁止的风险。

3. 行为遵守了其他社会子系统的规则

法律系统尽管封闭运作,但始终需要认知环境,汲取非法律价值,从而保障自身的学习能力,使自身不至于在获得“自主性”的同时丧失对环境的适应性和敏感度。^⑩在调整在其他子系统中产生的社会关系时,刑法必须在尊重该系统运作规律的前提下,确定其应当保护何种利益,并将相关利益转化为具体法益。对于其他子系统能够通过自身机制来抑制的自我膨胀,刑法就没有必要也不应当从外部施加干预。^⑪在法定犯中,行为只有在侵害法益的同时还违反规制特定领域的行政法规时,才可能承担刑事责任,这使法定犯在一定程度上具有了行政从属性特征。^⑫正是这一从属性特征为“被容许的风险”开辟了存在空间。由于社会子系统总存在着自身无法消除的风险,因此,即便行为符合该系统的规则,也无法避免对相关的集体和个人法益造成侵害。我们运用政策和法律对自然环境和社会环境进行规划和控制,目的在于达到期待的结果,并从复杂世界的因果关系网络中挑选出特定的原因,由此管理特定原因和结果之间的关系。但由于这只是一套理想化的安

排,因此总是存在着无法被规划和控制的“剩余风险”。^⑬这种“剩余风险”是行为人在相关领域进行交往时必须承担的代价,属于系统自主运作无法避免的消极后果,不应当引发刑法的介入。基于此,行为符合法规范期待的表现形式之三就是行为遵守了其他社会子系统的规则。

根据上述三种行为符合法规范期待的表现形式,我们可以分别设定“被容许的风险”的判断标准。

(二)判断标准之一:基于法规范要求的谨慎程度的设定

认定行为是否符合法规范要求的谨慎程度,就是确定法规范究竟要求行为人在多大程度上将注意力资源投入到避免法益侵害之上。一方面,法规范要求行为人事前采取的防范措施应当足以使其避免结果发生的能力维持在必要水平之上;另一方面,这种注意力投入的要求不能过分限制公民的行动自由,不可期待公民为了法益的全面保护而畏手畏脚。在司法实务中,以注意规范来判定行为是否符合法规范的期待是通行的做法,因为特定业务领域的注意规范正是“建立在经验和思考之上的、对可能之危险所进行的全面预测的结论”,所以,对这类规范的违反通常成为行为人承担过失责任的根据。^⑭下面结合案例1和案例2展开分析。

在案例1中,被害人因病住进某医院妇产科。经必要检查后,医院决定对被害人在连续实施硬膜外麻醉的情况下行“剖腹探查术”。次日10时50分,被害人被送入手术室。被告人作为麻醉医师,按常规实施硬膜外麻醉。11时07分,被害人恶心、气短,出现抽搐、四肢僵直、意识淡漠等征象。医院组织有关专家进行抢救,但限于抢救人员经验不足、技术欠缺和抢救设备老化等原因,影响了抢救效果。被害人于9月10日3时10分死亡。^⑮

在案例1中,被告人在施行手术的过程中造成被害人死亡这一事实清楚,有争议之处在于,其

手术行为是否有违章之处,且该违章行为与死亡结果之间是否有刑法上的因果关系。法院认为,被害人出现全脊麻醉并发症后,医务人员因抢救经验不足、抢救设备老化、技术欠缺等原因未能挽回被害人生命,主观上有过错,应承担民事赔偿责任。但是,现有证据无法证明被告人施行手术属于擅自违章上岗,也不能证明被告人有错用、不当使用麻醉药品或违反常规操作等现象,因此,被告人的行为不符合医疗事故罪的客观构成要件。^⑨在此案中,法院以医疗领域中的诊疗常规这一特别规范划定了“被容许的风险”之成立范围,认定被告人因技术不高等原因造成被害人的死亡,不具备刑法上的可谴责性。

不过,基于社会生活频繁、快速的变动,并非在任何业务领域都已事无巨细地形成了相对明确的注意规范。而且,由于特定领域的注意规范要么尚不具备法律约束力,要么仅属行政法规,不能代表刑法的价值判断,因此,仍有必要实质性地确定在具体情境中行为人应当尽到何种谨慎义务才能有效避免结果的发生。^⑩

在案例2中,被告人驾驶小货车以正常速度沿公路驶向长江边的某码头,但当行至离江边二十九米的斜坡时,总泵皮碗突然破裂,刹车失灵。被告人连踩三下脚刹车,并立即拉了手刹车,但均未能将车刹住。汽车遂俯冲落入长江。除被告人和一名乘客外,车上其余四人全部遇难。^⑪

首先,应从导致结果发生的风险因素的角度来考察,事前实施怎样的防范措施才能决定性地避免危险的现实化。其次,应基于平衡法益保护与自由保障之利益的考虑,确定相关业务领域的理性人在具体情境中可否被期待实施相关防范措施。详细来说,一方面,要看具体情境中的法益危险是远在天边,还是近在眼前。就像人们在生活中总是在区分轻重缓急的前提下来安排行动,法规范也应基于法益危险的远近来向行为人提出注意力资源投入的要求。只有在出现较为明显的危

险信号时,法规范才可以要求行为人放弃其活动。另一方面,要看行为人能否基于自身能力准确识别相关危险信号,且实施防范措施对其来说是否意味着不可承受之重。倘若识别危险信号的义务超越了行为人的心智能力,或者采取防范措施等同于让行为人放弃相关业务活动,那么,就应排除行为人的注意义务违反。在案例2中,被告人并没有实施超速行驶等不谨慎的行为,导致四人遇难的风险因素是出现问题的总泵皮碗。为避免遇难这一结果的发生,应在事前识别出风险因素。但对于业务能力处在行业平均水平的货车司机来说,如果汽车没有明显异常的信号,就无法期待其通过行前检查来发现总泵皮碗的故障。这是因为,这种故障的出现实属罕见,即便是拥有专业检测能力的修理师也未必能够发现。因此,被告人的行为创设的是“被容许的风险”。

(三)判断标准之二:基于维护宪法上公民基本权利的设定

言论自由处于公民基本权利的首要地位。出于保障言论自由的考虑,严格限定言论犯罪的成立范围是国内外的共识。在“艾布拉姆斯诉美国案”中,霍姆斯大法官明确援引了“明显而即刻的危险”标准:只有对可能立即引发现实危险或者意图如此的行为,国会才能在未涉及个人权利的前提下,对言论自由施加限制。^⑫在“《纽约时报》诉沙利文案”中,布坎南大法官提出了“实际恶意”标准:《纽约时报》并不明知广告内容中的不实之处,而只有在其员工明知广告陈述不实且仍故意刊登这则广告的情况下,其行为才属于“确有恶意”。行为人在对“错误陈述信以为真”的前提下发布的不实之词,应免于诽谤诉讼。^⑬我国学者也提倡将客观真实和合理确信规则下的“主观真实”作为违法阻却事由。^⑭还有法官在民事判决中提出,衡量新闻机构的评论是否公正,应当从其评论的对象是否与社会公共利益有关、事实依据是否真实存在、评论是否出于诚意等方面作出考量。^⑮

以上主张表明,为了给予言论自由权的行使足够的空间,法规范应当赋予行为人在特定条件下“误判”的特权。倘若公民发布的言论意在追求维护公共利益的目的,那么,即便事后证明其所述不实,原则上也应排除行为不法。尤其是在很多涉及国家或公众重大利益的事件中,对政府机构或公共人物的批评乃至揭发反而有助于揭发违法犯罪、阻止公共利益受损。因此,法规范不应期待发布相关言论的公民事先对所述事实的真伪进行谨慎的审查,而应在客观真实之外强调主观真实标准的价值。当行为人出于维护公共利益的目的,真诚地相信其所述事实为真时,那么,即便有侵害他人名誉权的风险,该风险也应被评价为“被容许的风险”。下面结合案例3展开分析。

在案例3中,被告人原系A市某银行支行职工。被告人多次向B区检察院举报本行行长、副行长、部门经理等人实施贪污公款、贪污职工工资、受贿、与债务人勾结逃废银行债务等违法犯罪活动,造成巨额国有资产流失。B区检察院、A市检察院及其指定的C县检察院经过多次调查,均未能证实上述违法犯罪事实。但被告人仍然对调查结果及银行的答复表示不满,又多次向有关机关控告并要求追究上述银行领导的刑事责任。^⑤

案例3涉及以“主观真实”标准排除言论犯罪的成立。在案例3中,一审法院认定,由于被告人的多次举报行为严重侵犯了被举报人的合法权益,妨害了司法机关的正常活动,故应认定其行为构成诬告陷害罪,只是基于犯罪情节轻微,免于刑事处罚。但二审法院认为,上诉人主观恶性较小,犯罪情节显著轻微,社会危害性不大,因此宣告其行为无罪。^⑥二审判决彰显了对言论自由所给予的特殊保护。尽管被告人对他人的多次举报与事实不符且对他人的法益造成了侵害,但由于其行为出于维护公共利益之目的,且主观上一直坚信自己所举报的违法犯罪事实存在,因此,并未创设法所不容许的风险。

(四)判断标准之三:基于遵守其他社会子系统规则的设定

法定犯的成立以违反行政法规为前提,因此,对“被容许的风险”的判定以明确相应社会子系统的规则为前提。以科学系统和经济系统为例,对于前者涉及的食品、药品犯罪和污染环境犯罪,如果生产、销售或排污行为没有超出科学界经由风险评估和权衡所设定的标准值,原则上就并未创设法所不容许的风险;对于后者涉及的背信犯罪、破产犯罪等经济犯罪,如果行为人实施的经营决策或财产处置行为合乎经济法规、商业惯例或企业规章,那么,即便其决策或处置行为致使企业或债权人的利益受损,原则上也不构成犯罪。

1. 科学系统中被容许风险的判定标准

对食品和药品犯罪的认定并非以行政机关的法规和命令为标准,而应以食品和药品科学界作出的鉴定结论为标准。例如,我国司法解释明确将“违反食品安全标准,超限量或者超范围滥用食品添加剂”作为生产、销售不符合安全标准的食品罪入罪门槛。对于“有毒有害的非食品原料”的认定,司法解释将“危害人体健康”增设为“有毒有害”的实质要件,并规定以鉴定意见等书面意见作为认定根据。^⑦2019年修订的《药品管理法》以药品所含成分或剂量不符合国家药典的规定作为生产、销售假药罪和劣药罪的实质判准,因此,当符合国家药典所设标准值的药品导致了严重的不良反应时,不应追究生产企业的故意责任。

环境犯罪的行政从属性特征决定了环境刑法的目的只在于防止环境污染超出许可限度。这是因为,刑法一开始就不打算全面且绝对地保护生态法益,所以,它将区分允许和不允许的环境污染的界限这一利益衡量的任务交给了行政机关。不过,对于污染权限分配的合法性评价,环境科学界仍应具有最终发言权,因为环境刑法的正当性取决于决策的公正性,而环境科学界所作出的专业决策目前无疑最具权威性。^⑧下文将结合案例4

展开分析。

在案例4中,某能源科技公司法人代表甲明知该公司无处置危险废物的资质,但为攫取利益,在该公司院内非法设置储油池、储油罐,四处承接船舶废油及工业废油等,以土法提炼原油。其中,甲于2017年10月从被告人乙处收购废油约178吨,于2017年11月至2018年5月从被告人丙处收购废油约487吨。二被告人均明知甲无处置危险废物资质。经检验,该公司储油池中的废液样品为危险废物,储油罐周边土壤样品受到石油烃污染。^⑩

在案例4中,法院指出,山东省环保科院环境风险与污染损害鉴定评估中心出具的检验意见、青岛市环保局出具的情况说明及监测报告等均能证实被告某能源科技有限公司储油池中的废液样品为危险废物,亦为“有毒物质”;储油罐周边土壤样品受到石油烃污染且含量超过建设用地土壤风险管制值,对人体健康通常存在不可接受的风险。^⑪在此案中,法院正是以环境科学界针对建设用地土壤所设置的风险管制值作为风险被容许与否的判断标准。

不过,如果已经存在显著的危险疑虑,而食品和药品生产企业或排污企业怠于尽到谨慎的危险预见和危险防御的义务,仍可能构成过失犯罪。这是因为,尽管企业可以一般性地信赖行政当局设定的标准值,但相较于行政当局而言,企业往往更有发现问题的能力,因此在法益保护方面责无旁贷。^⑫正如“皮革喷雾剂案”所示,法规范期待生产企业在识别出危险信号时作出召回产品的决定,这证立了特别的作为义务。^⑬

2. 经济系统中被容许风险的判定标准

背信犯罪的基本构造是,为他人处理事务的人实施违背任务的行为,以图利或加害为目的,造成他人财产上的损害。其中,对“违背任务”这一核心要件的界定,往往要结合背信犯罪的本质即代理权限的滥用或信任关系的破坏来进行。^⑭基于商业领域因市场竞争而带来的风险的惯常性,

学者普遍认为司法应秉持节制主义,在权衡政府管制、公共利益与私法自治的前提下给予商业领域一块不被法律尤其是刑法介入的空间。^⑮一般而言,如果行为人所作出的商业决策符合法律、合同的规定或交易惯例,就不能仅以事后实际造成的企业的财产损失反过来认定其滥用权限或实施了违背任务的行为。

在理论上,通常将破产犯罪区分为信息关联型和资产关联型两种类型。对于前者而言,由于欺骗或掩盖等行为本质上就不被允许或已违反法律明文规定的义务,因此并不存在“被容许的风险”之成立余地。但对于后者而言,刑法仍有必要评价财产处置行为是否属于“合乎规范的经营”,从而将被容许的风险和不被容许的风险区分开来。^⑯德国联邦最高法院的判例以财产处置是否为债务人或者由债务人所创立的企业谋利为首要标准,^⑰但学界更为认可从客观层面来限定破产犯罪的成立范围。有学者指出,区分“合乎规范与否”,就是要确保处于危机中的企业主仍然拥有对风险性经济事务作出决定的自由空间,且区分的标准不应是刑法,而应是为稳定规范性期待而设置的相关法规中的义务,这些义务表现为一些具体的交易习惯,其约束力产生于事实上的效果和法律上的肯认。^⑱某一财产处置行为是否为“合乎规范的经营”,只能通过事前结合这些交易习惯加以判断,至于处置行为事后是否实际损害了债权人利益则无关紧要。^⑲

五、结论

本文的研究结论可以概括如下:其一,“被容许的风险”概念具有独立的教义学价值,应当将其定位为阻却行为不法的归责排除事由,以有效缓和法益保护与自由保障之间的紧张关系。其二,应以制度功利主义为哲学根基重构“被容许的风险”的论证路径。基于制度功利主义的逻辑,行为因符合由法律制度所确立的规则而被认可,与之相应,“被容许的风险”的成立的实质根据就在于

风险行为符合法规规范的期待从而阻却行为不法。其三,法律系统运作封闭和认知开放的双重属性塑造了行为符合法规规范期待的三种表现形式,即行为达到了法规规范要求的谨慎程度,行为维护了宪法上公民的基本权利,行为遵守了其他社会子系统的规则。据此,可以分别设定实践中“被容许的风险”的判断标准。

注释:

①参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第504页;劳东燕:《过失犯中预见可能性理论的反思与重构》,《中外法学》2018年第2期,第309页;[德]沃尔夫冈·弗里施:《客观归责理论的成就史及批判——兼论对犯罪论体系进行修正的必要性》,陈璇译,《国家检察官学院学报》2020年第1期,第46页。

②Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, § 24 Rn. 10 ff.

③参见许玉秀:《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12-13页。

④参见内蒙古自治区莫力达瓦达斡尔族自治县人民法院刑事判决书,(2019)内0722刑初270号。

⑤参见内蒙古自治区赤峰市中级人民法院民事判决书,(2020)内04民终757号。

⑥参见张明楷:《论被允许的危险的法理》,《中国社会科学》2012年第11期,第112页。

⑦参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上册),徐久生译,中国法制出版社2020年版,第543-544页。

⑧参见[德]布莱恩·瓦利留斯:《被允许的风险》,徐凌波译,载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编:《违法性论:共识与分歧》,北京大学出版社2020年版,第134-135页。

⑨参见泮伟江:《法律的二值代码性与复杂性化约》,《环球法律评论》2017年第4期,第48页。

⑩参见储陈城:《自动汽车程序设计中解决“电车难题”的刑法正当性》,《环球法律评论》2018年第3期,第92-99页;[德]埃里克·希尔根多夫:《现代技术与被允许的危险——以自动驾驶为例》,徐凌波译,载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编:《违法性论:共识与分歧》,北京大学出版社2020年版,第112-125页。

⑪参见周光权:《客观归责论在财产犯罪案件中的运用》,《比较法研究》2018年第3期,第34-45页。

⑫Vgl. Andreas Hoyer, Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, ZStW 121(2009), S. 863.

⑬ Vgl. Preuß Wilhelm, Untersuchungen zum erlaubten

Risiko, Duncker & Humblot Berlin, 1974, S. 34 f.

⑭ Vgl. Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58(1939), S. 518.

⑮ Vgl. Preuß Wilhelm, Untersuchungen zum erlaubten Risiko, Duncker & Humblot Berlin, 1974; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht: zur Lehre vom sozialen Handlungs-begriff, Klostermann Frankfurt am Main, 1966; Wiebke Schröder-Mohr, Grundfragen des erlaubten Risikos im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik, Lang Frankfurt am Main, 1998.

⑯参见[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论:刑法理论的新图景》(增补第四版),陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第39页。

⑰参见陈璇:《德国刑法学中的结果无价值与行为无价值二元论及其启示》,《法学评论》2011年第5期,第72-73页。

⑱参见周光权:《注意义务研究》,中国政法大学出版社1998年版,第155-156页;陈璇:《注意义务的规范本质与判断标准》,《法学研究》2019年第1期,第147-153页。

⑲参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第九版),北京大学出版社2019年版,第60-61页。

⑳ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., C. F. Müller, 2015, Rn. 130.

㉑参见[德]沃尔夫冈·弗里施:《变迁中的刑罚、犯罪与犯罪论体系》,陈璇译,《法学评论》2016年第4期,第93页。

㉒ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, § 2 Rn. 130-132.

㉓参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(第二卷),阎克文译,上海人民出版社2020年版,第951页。

㉔参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第47页。

㉕ Vgl. Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97(1985), S. 753.

㉖参见冀洋:《法益保护目的不能甄别不法论的立场》,《政法论坛》2016年第5期,第150-152页。

㉗ Vgl. Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 2018, S. 54.

㉘参见陈璇:《不法与责任的区分:实践技术与目的理性之间的张力》,《中国法律评论》2020年第4期,第133页。

㉙参见马乐:《刑法学中的“正当”与违法性理论》,法律出版社2017年版,第67页。

㉚参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第47页。

㉛参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《法益保护与规范效力的保障——论刑法的目的》,陈璇译,《中外法学》2015年第2期,第558-559页。

㉜参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期,第185页。

㉝参见劳东燕:《被允许的危险理论与过失犯的归责》,载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编:《违法性论:共识与分

歧》，北京大学出版社2020年版，第127页。

③④参见周光权：《客观归责论在财产犯罪案件中的运用》，《比较法研究》2018年第3期，第41页。

⑤参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔：《社会相当性与可罚的不法》，陈璇译，《人民检察》2019年第17期，第29-31页。

⑥参见陈璇：《紧急权：体系建构、竞合适用与层级划分》，《中外法学》2021年第5期，第6-7页。

⑦参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》(第六版)，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第335页。

⑧Vgl. Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Mohr Siebeck, 2012, S. 366 f.

⑨Vgl. Thomas Rönau, Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz, JuS 2011, S. 311.

⑩参见陈璇：《社会相当性理论的源流、概念和基础》，载陈兴良主编：《刑事法评论》(第27卷)，北京大学出版社2010年版，第319页。

⑪参见[德]莱因荷德·齐佩尔乌斯：《法哲学》(第六版)，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第14页。

⑫Vgl. Florian Knauer, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht-Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft, ZStW 126(2014), S. 844-865.

⑬参见陈璇：《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》，《中外法学》2012年第4期，第702-704页。

⑭Vgl. Winfred Küper, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Festschrift für Lackner, 1987, S. 260.

⑮Vgl. Karl Engisch, Untersuchungen zum Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Aalen: Scientia-Verlag, 1995, S. 288.

⑯Vgl. Claus Roxin, Bemerkungen zum Regressverbot, in: Festschrift für Herbert Tröndle, 1989, S. 177(187).

⑰参见黄荣坚：《基础刑法学》(上)(第三版)，中国人民大学出版社2009年版，第193-194页。

⑱参见陈璇：《标准人的心素与注意义务的边界——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话》，《清华法学》2020年第6期，第89页。

⑲参见冯珏：《汉德公式的解读与反思》，《中外法学》2008年第4期，第516页。

⑳Vgl. Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Mohr Siebeck Verlag, 1932, S. 107.

㉑Vgl. Heinrich Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: Festgabe für Philip Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, 1931, S. 60 ff.

㉒Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, Duncker & Humblot Berlin, 1994, S. 37.

㉓参见劳东燕：《法益衡量原理的教义学检讨》，《中外法学》2016年第2期，第368页。

㉔参见周漾沂：《风险承担作为阻却不法事由——重构容

许风险的实质理由》，《“中研院”法学期刊》第14期(2014年)，第191-192页。

㉕参见周漾沂：《风险承担作为阻却不法事由——重构容许风险的实质理由》，《“中研院”法学期刊》第14期(2014年)，第198-203页。

㉖Vgl. Rainer Zaczky, Das Unrecht der versuchten Tat, Duncker & Humblot Berlin, 1989, S. 201.

㉗参见周漾沂：《风险承担作为阻却不法事由——重构容许风险的实质理由》，《“中研院”法学期刊》第14期(2014年)，第206页。

㉘参见[爱尔兰]约翰·莫里斯·凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社2010年版，第181页。

㉙参见[美]乔恩·威特：《社会学的邀请》，林聚任等译，北京大学出版社2015年版，第137页。

㉚参见费孝通：《乡土中国》，北京大学出版社2017年版，第14-15页。

㉛参见周漾沂：《风险承担作为阻却不法事由——重构容许风险的实质理由》，《“中研院”法学期刊》第14期(2014年)，第215-220页。

㉜参见俞可平：《政府：不应当做什么，应当做什么——自由主义与社群主义的最新争论》，《政治学研究》1998年第1期，第74页。

㉝参见贾健：《人类图像与刑法中的超个人法益——以自由主义和社群主义为视角》，《法制与社会发展》2015年第6期，第134页。

㉞参见[德]京特·雅科布斯：《规范·人格体·社会——法哲学前思》，冯军译，法律出版社2001年版，第89页。

㉟参见[德]格吕恩特·雅科布斯：《行为·责任·刑法——可能性描述》，冯军译，法律出版社1997年版，第126页。

㊱参见周维明：《雅各布斯的客观归责理论研究》，《环球法律评论》2015年第1期，第78页。

㊲参见[德]许迺曼：《由语言学到类型学的故意概念》，林立译，载许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义：许迺曼教授刑事法论文选辑》，新学林出版社2006年版，第474页。

㊳Vgl. Georg Kneer, Armin Nassehi, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Wilhelm Fink Verlag, 2000, S. 61-65.

㊴参见何庆仁：《特别认知者的刑法归责》，《中外法学》2015年第4期，第1046-1049页。

㊵参见[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231页。

㊶参见劳东燕：《网络时代刑法体系的功能化走向》，《中国法律评论》2020年第2期，第105页。

㊷参见劳东燕：《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》，《中国法学》2011年第1期，第123页。

㊸参见劳东燕：《被允许的危险理论与过失犯的归责》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《违法性论：共识与分歧》，北京大学出版社2020年版，第127页。

⑦ Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2019, Vor § 19–21, Rn. 10.

⑧ 参见陈璇:《标准人的心素与注意义务的边界——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话》,《清华法学》2020年第6期,第84页。

⑨ 参见马乐:《刑法学中的“正当”与违法性理论》,法律出版社2017年版,第74页。

⑩ 参见晋运锋:《权利莫基于功利——当代功利主义对权利之基础的思考》,《法制与社会发展》2012年第6期,第137页。

⑪ 参见晋运锋:《权利莫基于功利——当代功利主义对权利之基础的思考》,《法制与社会发展》2012年第6期,第138页。

⑫ 参见马乐:《刑法学中的“正当”与违法性理论》,法律出版社2017年版,第75–76页。

⑬ 参见马乐:《刑法学中的“正当”与违法性理论》,法律出版社2017年版,第77–78页。

⑭ Vgl. Gunnar Duttge, Erlaubtes Risiko in einer personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 142.

⑮ Vgl. Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Mohr Siebeck, 2012, S. 366.

⑯ 参见祁春轶:《系统理论如何安放人》,载《人大法律评论》编辑委员会编:《人大法律评论》(2019年卷第2辑·总第30辑),法律出版社2020年版,第147–148页。

⑰ 参见陈璇:《标准人的心素与注意义务的边界——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话》,《清华法学》2020年第6期,第81页。

⑱ 参见周维明、赵晓光:《分化、耦合与联结:立体刑法学的运作问题研究》,《政法论坛》2018年第5期,第123–124页。

⑲ 参见[德]洛塔尔·库伦:《论刑法与宪法的关系》,蔡桂生译,《交大法学》2015年第2期,第158页。

⑳ 参见张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,《法学研究》2016年第4期,第49页。

㉑ 参见张明楷:《言论自由与刑事犯罪》,《清华法学》2016年第1期,第60页。

㉒ Vgl. Rainer Zaczyk, § 193 StGB als Rechtfertigungsgrund, in: Festschrift für Hans Joachim von Hirsch, 1999, S. 827.

㉓ 参见高鸿钧、赵晓力主编:《新编西方法律思想史(现代、当代部分)》,清华大学出版社2015年版,第329、330、341页。

㉔ 参见劳东燕:《金融诈骗罪保护法益的重构与应用》,《中国刑事法杂志》2021年第4期,第16页。

㉕ 参见陈兴良:《法定犯的性质和界定》,《中外法学》2020年第6期,第1464页。

㉖ 参见宾凯:《政治系统与法律系统对于技术风险的决策观察》,《交大法学》2020年第1期,第146页。

㉗ Vgl. BGHSt 4, 182, 185.

㉘ 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院刑事判决书,(2000)乌刑终字第286号。

㉙ 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院刑事判决书,(2000)乌刑终字第286号。

㉚ Vgl. Hans Kudlich, Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltsverletzung, in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 372.

㉛ 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2001年版,第368–369页。

㉜ 参见[美]安东尼·刘易斯:《批评官员的尺度》,何帆译,北京大学出版社2015年版,第94页。

㉝ 参见[美]安东尼·刘易斯:《批评官员的尺度》,何帆译,北京大学出版社2015年版,第186–188页。

㉞ 参见刘艳红:《网络时代言论自由的刑法边界》,《中国社会科学》2016年第10期,第134页;姜涛:《网络谣言的刑法治理:从宪法的视角》,《中国法学》2021年第3期,第208页。

㉟ 参见[美]安东尼·刘易斯:《批评官员的尺度》,何帆译,北京大学出版社2015年版,译者序第20页。

㊱ 参见河北省唐山市中级人民法院刑事判决书,(2012)唐刑终字第248号。

㊲ 参见河北省唐山市中级人民法院刑事判决书,(2012)唐刑终字第248号。

㊳ 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2021]24号)。

㊴ 参见[德]洛塔尔·库伦:《环境刑法——新教义学的探索》,胡敏慧译,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第16辑下卷),法律出版社2020年版,第108–109页。

㊵ 参见山东省青岛市李沧区人民法院刑事判决书,(2019)鲁0213刑初508号。

㊶ 参见山东省青岛市李沧区人民法院刑事判决书,(2019)鲁0213刑初508号。

㊷ Vgl. Hans Joachim Gerst, Dosis sola venenum facit—Aber welche Dosis? NSiZ 2011, S. 136.

㊸ Vgl. BGHSt 37, 106.

㊹ 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版,第621–623页。

㊺ 参见蔡昌宪、温祖德:《论商业判断法则于背信罪之适用妥当性》,《月旦法学杂志》第195期(2011年),第186页。

㊻ Vgl. Kindhäuser, Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2018, S. 441 ff.

㊼ Vgl. BGHSt 34, 309(310).

㊽ Vgl. Klaus Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, Vor § 283, Rn. 111.

㊾ Vgl. Kindhäuser, Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2018, S. 447.