风险刑法视阈下危险驾驶罪立法检视与反思*

曹富乐

（华东政法大学，上海 长宁 200042）

摘 要：我国《刑法修正案（八）》增设了危险驾驶罪，《刑法修正案（九）（草案）》对其进行了修订，体现了刑法对社会风险的应对。而风险刑法对传统刑法提出了挑战，其本身也隐藏着巨大的风险。为了应对社会风险，有必要对传统刑法进行合理的变革，但传统刑法蕴含的自由、正义、谦抑等价值理念不能摒弃。现阶段，应当秉承传统刑法基本价值理念，借鉴、吸收风险刑法理论的有益成分，弥补传统刑法在应对社会风险上的不足，维护社会秩序和安全。

关键词：危险驾驶罪；风险社会；风险刑法；传统刑法

DOI：10.3969/j.issn.1672－9846.2015.02.007

中图分类号：D924.3 文献标志码：A 文章编号：1672－9846(2015)02－0023－04

近年来，危险驾驶行为成为媒体头条的常客，如杭州胡斌案、成都孙伟铭案等，层出不穷。民间的指责怒骂，媒体的口诛笔伐，行政执法机关的“两难”决策，危险驾驶行为入罪化成为消解系列矛盾和困境的司法选择。由此，《刑法修正案（八）》增设了第一百三十三条之一，“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金”，即危险驾驶罪。这也是刑法分则中唯一一个法定最高刑为拘役的犯罪。《刑法修正案（九）（草案）》对危险驾驶罪进行了补充，将刑法第一百三十三条之一修改为：“在道路上驾驶机动车，有下列情形第1条的，处拘役，并处罚金：（一）追逐竞驶，情节恶劣的；（二）醉酒驾驶机动车的；（三）在公路上从事客运业务，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的；（四）违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品的”。如此一来，危险驾驶罪的行为类型扩张，囊括了更多的危险驾驶行为。

然而，对于危险驾驶罪的创设，刑法学界一直存在较大的争议，大多数学者对此持审慎的态度。有学者认为，“《刑法修正案（八）草案》将危险驾驶入罪是出于保障民生的良好动机，但实际效果则可能有损于真实民生福利”；[1] 还有学者认为，“刑法中没有必要规定危险驾驶罪……驾驶行为入罪后存在着很多难题并会带来很多弊端，无法产生期望中的社会效果。”[2] 应当看到，在争议的背后，存在着社会管理需要与刑事法治理念的博弈，刑法的谦抑性与滞后性的博弈。可以认为，对于危险驾驶罪的争议，是传统刑法与风险刑法交锋的缩影。法律不是嘲笑的对象，在尊重现行立法的前提下，应当对设立危险驾驶罪的相关争议予以梳理和检视。

一、风险社会与风险刑法

风险，原指客观存在的诸如自然灾害等方面的危险。随着风险概念的拓展，已经衍生出表示一种可能性的概念，即风险发生的不确定性以及造成损失的不确定性，并由此建构风险社会的基础。当今社会，技术风险和制度风险逐步取代自然风险，成为威胁人类社会发展的主要根源。由此，德国社会学家乌尔里希·贝克提出了“风险社会理论”。在风险社会的背景下，人们对安全、秩序的关注日益增多，作为控制风险重要手段的刑

*收稿日期：2015－04－26

作者简介：曹富乐（1990－），男，河南固始人，华东政法大学硕士研究生，主要从事中国刑法学研究。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

法不可能对风险置之不理,风险刑法应运而生。

风险刑法,是指在风险社会中,通过规制行为人违反规范的行为导致的风险。主要有以下特点:一是规制的对象是风险犯。所谓风险犯,是指刑法所规定的具有风险性的行为形态或犯罪类型。风险犯必须是行为人实施了有风险的行为,而此种风险具有不确定、可预测的危险。二是刑事规制范围的普遍化。风险刑法将许多抽象和超个人的法益纳入刑法的保护范围,如环境、医学等领域。三是刑罚提前化。其主要表现为刑事立法中增设大量的抽象危险犯。四是强化刑法的保护机能。在风险刑法语境下,保护社会和国民的安全是刑法最重要的使命,积极的一般预防成为罪责的基础。

二、风险刑法的价值及风险

在风险社会,公众对于安全的心理追求特别强烈。因此,秉持"最后一道防线"理念的传统刑法,在应对社会风险方面有些力不从心。而从传统刑法直接向风险刑法的转变是一次危险的跳跃。风险刑法既有其独特的存在价值,也隐藏着巨大的风险。

(一)风险刑法的存在价值

1.传统刑法的谦抑性不适合风险的控制。谦抑性是传统刑法的思想基础,作为保护社会的最后防线,刑法调整的范围应保持在维持社会秩序所必须的最小限度之内,不在迫不得已的情况下不得动用刑罚,因此刑罚的适用具有被动性。而在风险社会,公众要求刑法能够积极防范并控制风险。

2.传统刑法以法益侵害为犯罪本质,不利于社会风险的防控。传统刑法以法益侵害和罪责为归责的基础,即一般只有行为对法益造成侵害或足以产生某种危险时才考虑适用刑法。在风险社会,风险往往具有不确定性,传统刑法在应对新的社会风险及其后果时过于滞后。

3.传统刑法语境下的法益覆盖范围过于狭窄。传统刑法强调法益的具体化、现实化,而风险社会强调法益的抽象化、精神化,因此传统刑法无法合理解释风险社会中遭受的威胁或损害的法益类型。[3]传统刑法概念下的法益范围可能无法覆盖一些暂时无法被立法者所认识的未来法益。法益覆盖范围的缺失不仅会导致刑法适用的滞后,而且可能会出现立法、司法漏洞,造成法律"空白地带",使司法实践面临无法可依的尴尬。

(二)风险刑法自身的风险

1.风险刑法突破了传统刑法的谦抑性。刑法作为"保障法",以惩罚的严厉性和"最后一道防线"而著称。谦抑性是刑法的基本理念,也是限制国家公权力,保障公民私权利的基本要求。因此,刑罚的适用必须保持在维护社会生存发展所必需的最低限度之内。然而在风险刑法理论下,控制风险、维护安全成为刑法最根本的目的,用提前处罚的方式来应对社会风险,显然有违谦抑性。

2.风险刑法可能会无限放大犯罪圈。依据风险刑法理论,将易于产生社会风险的行为上升到刑事立法的高度。随着风险概念的扩张,相关行为的预备犯和抽象危险犯必将独立成罪,刑法的规制范围也势必会不断扩大。因此,刑法变革可能导致犯罪圈的无限扩大。如此一来,不仅将扩大刑法对公民私权利的干涉,也会增加司法成本。从危险驾驶罪设立的争论以及司法实践的处境中可见一斑。

3.风险刑法语境下犯罪等基础概念具有浓厚的主观色彩,刑事立法、处罚难以明确界限。传统刑法以法益损害作为犯罪的实质要件,以法益的侵害程度作为犯罪的判断标准,法益为刑事立法、处罚提供了根本依据。而风险刑法语境下犯罪不是一个具体的损害,而是主观上具有罪恶的意图或者客观上对所有生活领域的安全造成损害。这种不考虑法益侵害的结果,意味着行为一经实施无论结果如何都要受到处罚;而过分关注行为及行为人本身,意味着实施行为时行为人的动机、想法、观念等主观层面的因素将成为可罚性的判断基准。最终,这种远离罪责的做法将导致出现极端的行为无价值和刑法的伦理主义结果。[4]

4.风险刑法有弱化刑法人权保障机能之虞。传统刑法以限制立法权和司法权来保障人权;而风险刑法面对社会风险而设立相关的抽象危险犯、严格责任等制度,势必会强化立法和司法权,使刑法有恣意发动之虞。规制范围扩大化和刑罚提前化是风险刑法的重要特征,通过对行为产生风险进行主观倾向性判断,并以此进行刑事立法活动,导致刑法保护社会机能的扩张,弱化刑法的人权保障机能。

三、危险驾驶罪立法之检视与反思

处于社会转型期的中国,交通安全、食品安

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

全、环境安全等问题不断加剧，社会风险不断增加，促使我国刑法不断变革。《刑法修正案（八）》增设危险驾驶罪以及《刑法修正案（九）（草案）》对危险驾驶罪的补充，正是刑法应对日益严峻的交通风险的产物。

（一）危险驾驶罪立法之检视

从刑法规范的角度可以看出，交通肇事罪的危害结果限于发生了重大事故，严重损害人身、财产。而随着道路交通风险的日益加剧，交通肇事罪已经不足以规制相应的风险。在我国交通工具迅速发展和危险驾驶导致的重大伤亡案件层出的背景下，《刑法修正案（八）》增设危险驾驶罪，将原来主要由行政法调整的违法驾驶行为进行了犯罪化处理。《刑法修正案（九）（草案）》又将“在公路上从事客运业务，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶”以及“违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品”等行为置于危险驾驶罪之中，扩大了危险驾驶的刑事规制范围。

值得注意的是，《刑法修正案（八）》还将某些犯罪由危险犯改为行为犯、由实害犯改为危险犯。如《刑法》第一百四十一条第 1 款修改前为：“生产、销售假药，足以危害人体健康的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50％以上 2 倍以下罚金”；《刑法修正案（八）》修改为：“生产、销售假药的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”，即将生产、销售假药罪由危险犯改为行为犯，即行为人只要生产、销售假药，就构成犯罪。再如，《刑法修正案（八）》将《刑法》第 338 条修改为：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的”，将原来的“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”改为“严重污染环境的”，这样就降低了原来犯罪的入罪门坎。《刑法修正案（八）》的这些调整使一些高风险行为的犯罪标准前移，刑罚处罚实现提前化，这正是刑法应对风险社会的体现。

毫无疑问，“危险驾驶罪”的增设与补充是我国刑法吸收风险刑法的合理内核，应对社会风险的重要标志。但很多学者认为，应对危险驾驶的现状，刑法“一刀切”的方式并不是根本解决方法，很多时候需要动用行政法加以配合，甚至应当“以行政法调整为主，刑法调整为辅”。[5] 还有学者认为，“行政权重效率，司法权重公正，以刑罚方式惩治多发但危害不大的危险驾驶行为反而不利于遏制该种行为。”[6] 这就涉及到对于风险判断以及罪与非罪的界限问题，即何种风险需要刑事立法？风险需要达到何种程度？通过什么样的标准来衡量风险？这些是风险刑法无法回避的问题。

对危险驾驶罪立法质疑的另一个重要理由是刑事司法资源的缺乏，可能会出现交警不再管、刑警没人管的尴尬局面，从而导致危险驾驶罪被空置。如此一来，试图通过刑法入罪以提前预防、控制危险驾驶行为，反而不如之前的行政处罚规制效果。这也是风险刑法将犯罪圈扩大化后必需面对的困境。正如学者所说，“我国属于法治后发国家，司法资源配置依然严重不足，而且这一问题在短期内不可能得到根本的解决。这决定了我国不可能像西方现代化法治国家那样，过快地扩大犯罪圈。”[7]

此外，应当看到，当某个社会问题出现的时候，人们往往不是去分析问题根源，而是将刑法当做“万能药”，动辄动用严厉的刑法来制止某种危害行为。如在刑法修订的时候，有人提出增设“袭警罪”，来应对频频出现袭击警察并使警察成为一种高度危险职业的现实；增设“非法鉴定胎儿性别罪”，来应对男女比例严重失调问题等；针对醉酒驾驶事故频发，严重威胁社会安全的问题，《刑法修正案（八）》增设“危险驾驶罪”；针对讨薪频频引发群体事件的社会现状，《刑法修正案（八）》增设“拒不支付劳动报酬罪”。其实，应对社会风险，刑法不是万能的，应急性或报复性的立法能防御风险一时，但从长远来看，缺乏科学性和实用性。即使在风险社会，诸如危险驾驶罪这类刑事立法，也应当极其审慎。

（二）危险驾驶罪立法之反思

关于危险驾驶罪增设之必要性的争议，实质上是传统刑法与风险刑法的博弈。抛开“一刀切”和司法资源限制等弊端不说，从理论角度而言，危险驾驶罪的设立从根本上已经脱离行政处罚，而直接适用刑罚，这种跨越式的立法背离了传统刑法的谦抑性理念。然而，面对日益严峻的社会风险，刑法应当如何自处呢？笔者认为，“刑法作为控制风险的政治手段，在通过法律的社会治理的框架中不断演绎与拓展自身”[8] 是必然的。然而，工具化倾向明显的风险刑法虽然能有力应对社会

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

风险,但其对于传统刑法的颠覆极有可能诱发新的风险。在风险社会,应当在传统刑法框架下充分吸收风险刑法的"合理内核",以实现应对风险的需要。

1.坚持传统刑法的基础性地位。西方发达国家的"风险刑法"理论是建立在传统刑法过分强调保障人权而弱化社会保护的基础上。同时,西方国家在保障人权方面制度相对完善。而在当代中国,刑事法治确立的时间相对较短,在罪刑法定原则、刑法谦抑原则、人权保障原则等方面的理论与司法实践有待加强。如果贸然转向风险刑法,会更加弱化刑法对自由的保障,刑法对安全的追求最后会演变为对自由和人权的侵犯。因此,刑法变革必须建立在良好的法治基础上。现阶段我们仍然要秉承传统刑法价值观念,在风险社会的应对中坚持传统刑法的基础性地位。

2.坚守人权保障的终极价值。人权保障和社会保护是刑法的基本功能。保障人权意味着保障自由,保护社会意味着维护秩序。秩序与自由都是刑法不可或缺的价值,失去了自由,秩序毫无意义;失去了秩序,自由毫无保障。传统刑法以人权保障为终极价值,是犯罪人和善良人的"大宪章"。风险刑法实现了社会保护功能的最大化,却弱化了人权保障功能,甚至对人权和自由产生了威胁。因此,在风险社会,刑法不能为了抵御风险而侵犯自由,也不能因为保障自由而对风险漠不关心,刑法应当是保障自由与维护秩序的统一。

3.坚守刑法的谦抑性。刑法谦抑性是贯穿刑法领域的基本理念,要求刑法必须将刑罚适用范围限制在迫不得已的必要限度之内,罪刑法定主义、责任主义等原则都是刑法谦抑性的延伸。秉承刑法谦抑性,是保障自由的需要,也是法治建设的需要。面对无处不在的风险,刑罚适当前置化是必要的,但用刑法来抵制一切风险活动是不可能的。刑法作为保障社会安全、防御社会风险的最后一道防线,只有在其他法律难以规制的情况下才能启动。一方面,我们可以适当运用刑罚前置化的方式来应对风险;另一方面,刑罚的前置化必须以谦抑性为导向,避免刑罚的过度扩张。如可以适当设立危险犯,但应当将其限制在合适的范围内,如果通过行政法或者民法等其他法律可以解决,就没必要将之纳入刑法调整范围。

4.在传统刑法语境下,适当增加危险犯。基于社会风险的特殊性,刑法防范风险于未然,必然要求其变革立法技术。增加危险犯,尤其是增加抽象危险犯已经成为趋势,但必须限制在适当的范围内,应只针对公认具有严重社会危害性、后果难以预料、其他合理的替代手段难以规制的行为。风险社会的"风险行为"涉及面广、持续时间长、发展无法控制、结果难以预期,因此危险犯的范围必须限制,如涉及公共安全的核领域、食品领域、药品领域、生态环境领域等。此外,对于危险犯的刑事立法,应当从社会公众的角度衡量行为产生风险的可能性及危害程度,而不仅囿于立法者的主观判断。

四、结语

在风险社会,国家应当保障社会的安全,刑法应当有所作为。但是,对于危险驾驶罪立法的质疑,也是刑法学者勇于担当的体现。正如有学者所说,"每一次犯罪圈的扩张都应当经受得起更多的正当性诘难。"[9]传统刑法追求的正义、自由、平等、谦抑等价值理念仍然是刑法的根本,即使在风险社会也不能摒弃。因此,在风险社会,应当协调好传统刑法和风险刑法的关系,协调好保障公民个人自由与防范社会风险的关系。从传统刑法贸然转向风险刑法应当慎重。

参考文献:

[1]周详.民生法治观下"危险驾驶"刑事立法的风险评估[J].法学,2011,(2):24-34.
[2]王政勋.危险驾驶罪的理论错位与现实危险[J].法学论坛,2011,(3):29-36.
[3]吴轩.论风险刑法理论的正当性根据[J].淮海工学院学报,2011,(19):24-27.
[4]刘艳红."风险刑法"理论不能动摇刑法谦抑主义[J].法商研究,2011,(4):26-29.
[5]骆福林.质疑"危险驾驶罪"的设立[J].常州大学学报(社会科学版),2011,(4):15-19.
[6]王政勋.危险驾驶罪的理论错位与现实危险[J].法学论坛,2011,(3):29-36.
[7]孙道萃.风险社会与风险刑法:立场与调试[J].中国公共安全(学术版),2011,(2):113-117.
[8]劳东燕.公共政策与风险社会的刑法[J].中国社会科学,2007,(3):126-139.
[9]于志刚."风险刑法"不可行[J].法商研究,2011,(4):33-36.

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net