

俄罗斯刑法中的“合理冒险行为” 规定及其启示

茹士春

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:合理冒险行为是俄罗斯刑法中一项独具特色的规定。作为排除犯罪性的情形,合理冒险行为不同于紧急避险,也与正当业务行为相区别。该规定体现出宽容冒险行为、保护善意动机的独特性。对中国刑法的启示在于:目前需要谨慎建立风险刑法范式,同时应考虑将犯罪动机等酌定情节法定化。

关键词:合理冒险行为;排除犯罪性;风险刑法;犯罪动机;法定情节

中图分类号:DF6

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2012)02-0141-05

俄罗斯刑法典第37条至第42条规定了六种排除犯罪性的情形,其中第41条规定的是合理冒险行为(обоснованный риск)。俄罗斯刑法将为了实现社会利益从事冒险行为纳入排除犯罪性的情形,这一点与其他很多国家刑法不同。关注该规定,有助于我们从总体上认识俄罗斯刑法中的排除犯罪性质的诸情形和深入理解俄罗斯刑事立法所体现出的价值取向,从中获取有益的启示。

一、俄罗斯刑法中的合理冒险行为概述

(一)“Обоснованный риск”应译成“合理冒险行为”

俄罗斯刑法典的每一个条文都有标题,以对该条内容进行抽象和概括。该法典第41条的俄文标题是“Обоснованный риск”。关于这个标题,中国学者有以下几种不同译法:合理风险^[1]、正当风险^[2-3]、理由充足的风险^[4]、合理冒险^[5]。但是,将“обоснованный риск”中的“риск”译成“风险”或“冒险”的译法值得推敲。

在俄文中,“риск”除了有“可能的危险,风险”的意义外,还有“冒险,侥幸,碰运气”的意思。当作“冒险”之意讲时,“риск”又是动词“рисковать”(冒险)的动名词,具有“动词”属性。风险是一种客观存在,本身不存在正当与否的问题,当导致风险的行为符合了刑法规定的犯罪构成要件,它才可能进入规范评价的领域。换句话说,作为排除犯罪性的情节,需要进行“是否有罪”判断的是行为,而不是行为本身所具有的风险。此处的“риск”不是可能发生但尚未发生的“风险”,而应当是可能导致一定危险的“行为”。

俄罗斯刑法典第41条第1款规定:“为实现有益于社会的目的,从事有充分理由的冒险行为,对刑法所保护的利益造成损害的,不是犯罪。”

第2款规定:“有充分理由的冒险行为,是指如果不通过此种冒险行为(不作为),上述目的便不可能实现,且实施冒险的行为人采取了足够的措施以防止对刑法所保护的利益造成损害。”

第3款规定:“如果冒险行为明显地危及多数人的生命、具有导致生态灾害或者社会灾难的危险,则不视为有充分理由。”

从以上内容看,“обоснованный риск”不仅是从事具有风险的行为,而且还导致了实际的损害。如果将“риск”译为“风险”则完全可能使人误解本条规定的真实含义。俄罗斯刑法典第41条第1款规定的是冒险行为的主客观特征及其法律后果;第2款进一步明确了导致危险的行为是出于公益目的的属性,即冒险行为是别无选择的且保险措施充分;第3款规定的是例外情况。综观本条三款的全部内容,所谓“обоснованный риск”实际上是基于有益于社会的目的、在事先采取足够措施规避损害的情况下从事具有风险的行为,却导致了危害的发生,也就是“出于好心却办坏了事”。

在中国刑法中,没有与“обоснованный риск”完全对应的规定,也找不到现成的与“обоснованный риск”对应的中文词汇。按照字面意思可以直译为“有根据的、理由充足的冒险行为”,但又显然不够简洁,所以译成“合理冒险行为”比较恰当。

(二)合理冒险行为的成立条件

从俄罗斯刑法第41条的规定看,合理冒险行为的成立总体上应具备两个积极条件(即第1款规定的主观条件和第2款规定的客观条件)以及一个消极条件(即第3款规定的例外条件)。

俄罗斯学者根据刑法的规定对合理冒险行为作出了大致相同的归纳:有人认为“正当风险,因而也就是合法风险的基本要件是:(1)作为(不作为)是为了达到有利于社会的目的;(2)对社会有益的目的不能通过不冒风险的行为达到;(3)行为人应当采取足够的措施防止对受法律保护的利益造成损害;(4)风险不得显然伴随着对多数人生命的威胁、造成生态浩劫或社会灾难的威胁”^[6]。有人认为这种冒险行为合法性的条件是^[7]¹⁰⁷:(1)冒风险人对受刑法保护的利益造成损害的行为(不作为)是为了达到对社会有益的目的;(2)该目的不可能用普通的,无风险的手段达到;(3)冒风险人认为风险的有害后果只是次要的和可能的行为(不作为)结果;(4)实施的行为(不作为)由客观上能在该情况下防止发生有害后果的有关知识和技能予以保障;(5)行为人已采取了他认为足够的措施防止对受法律保护的利益造成的损害。还有人认为冒险行为的合法性条件是^[8]:(1)采取冒险行为是为了达到有益于社会的目的;(2)该利于社会的目的非冒险行为不能实现,即此种情况下的冒险行为具有不得已性;(3)风险在于可能

导致对刑法保护利益的损害;(4)冒险行为人采取了足够的避免可能损害的措施;(5)风险可以表现为任何损害,但不得伴随着对多数人生命的威胁,导致生态灾难或社会灾难。

上述观点看似大同小异,实际上也有一些实质性的差异。比如,关于“行为人采取了足够的措施以防止对刑法所保护的利益造成损害”,上述第二种观点显然采取了主观标准,即行为人“他认为足够”即可;而持第三种观点的学者则提出“立法者不要求冒险人采取一切可能采取的预防措施。因为法律只应适用于具有‘中等’能力的‘平均人’而不是天才”^[8]³⁷⁰。这又是典型的客观标准。此外,关于冒险行为造成的损害的程度,从刑法第41条的规定来看并没有任何限制,但也有人认为“行为人尽管采取了措施,但与他的估算相反,发生的损害大大超过采取其他不冒风险的措施时可能发生的损害,则他的行为就超出了风险的界限,变成了危害社会的行为。这种情况就是超过正当风险的限度,并且要负刑事责任”^[7]¹⁰⁸。总体而言,合理冒险行为造成损害程度上的“有限制说”与冒险人事先采取措施的“主观标准说”是相对应的,而合理冒险造成损害程度上的“无限制说”则与冒险人事先采取措施的“客观标准说”相吻合。可见,关于合理冒险行为的成立条件,在俄罗斯刑法理论中虽然并没有大的争议,但在对某些具体条件的理解上还是存在不可忽略的分歧。

二、俄罗斯刑法“合理冒险行为”规定的独特性

排除犯罪性的情形在德日刑法理论中也被称为违法阻却事由。根据德日刑法理论,违法阻却事由本身符合构成要件,“符合构成要件的行为之所以阻却其违法性,不外乎是因为其行为不具实质的违法性”^[9],因而不构成犯罪。在俄罗斯刑法理论中,排除犯罪性质的情形则被认为是“形式上违反刑法的行为由于缺乏犯罪的某个要件(即社会危害性或者主观罪过)而不构成犯罪的情节”^[5]¹⁵⁸。显然是犯罪理论体系的差异导致了这种认识上的不同。但两种理论体系都认为排除犯罪性质的情形(违法阻却事由)是形式上违反刑法规定,但在实质上没有违法性。所谓“实质违法性”,是与形式违法性相对而言的,按照最早提出这种划分的德国刑法学家李斯特的观点,“实质违法是指危害社会(反社会)的行为”^[10]。也正因为存在外表看来违反了刑法规定而本质上却没有社会危害的行为,各国普遍在刑法中明文规定排除犯罪性的情形或违法阻却事由,以排除其形式上的违法性。但是“迄今为止,对正当化根据进行富有成果的体系化尚未成功完成。这个体系

化也不可能终结性地完成”^[11]。因此不难理解,在不同的国家,刑法所规定的排除犯罪性的行为或违法阻却事由的种类并不一致。

俄罗斯刑法典第8章规定了六种排除犯罪性的情形,分别是正当防卫(第37条);抓捕犯罪分子时造成损害(第38条);紧急避险(第39条);身体或心理上受到强制(第40条);合理冒险行为(第41条);执行命令或指示(第42条)。其中“抓捕犯罪分子时造成损害”和“身体或心理上受到强制”两种情形是1996年刑法典首次规定的。合理冒险行为首先规定在1991年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》中,然后又在1996年的刑法典中得以确立并有所突破(不仅限于职业风险和经济风险),用俄罗斯刑法学者的话说,这是“许多外国的刑法典都没有”的条款^{[6]481}。可以说,合理冒险行为是俄罗斯刑法中一个很有特色的规定,笔者认为,其独特性主要体现在以下两个方面。

(一) 宽容冒险行为

俄罗斯民族对冒险行为有着天然的宽容心理,俗话说“Риск благородное дело”(冒险是善行),就是这种心理的表达。刑法将合理冒险行为规定排除犯罪性质的情形,有其深刻的社会心理基础,这是其一;其二,合理冒险行为有利于社会的发展。人类对未知事物的探索总要冒一定的风险和付出代价。对合理冒险行为的规定,俄罗斯学者持十分肯定的态度。认为“虽然执法机关的工作实践在某些情况下按照紧急避险规则看待正当风险,但仍然敏锐地感到需要有专门的一条来加以规定。这是因为在社会上加速发展、科学技术进一步完善的现代条件下,职业功能的完成往往与对法律保护的利益造成损害的风险联系在一起,特别是在极度异常的条件下就更是如此”^{[6]476}。

刑法学者在论及合理冒险行为时,都要提到它与紧急避险的关系问题。紧急避险与合理冒险行为的相同点是都对合法利益造成了损害,但它们之间的区别十分明显:紧急避险是在危险已经发生的情况下,在两个既存利益之间,牺牲了一个较小利益以保护较大利益;合理冒险行为则是为追求可能的利益而冒一定的风险并且实际损害了现实利益。而且合理冒险行为“造成的损害有时大于所防止的损害”^{[7]109}。因为没有程度限制,即使冒险行为事实上造成“偷鸡不着蚀把米”的局面也是允许的。

合理冒险行为的范围包括但不限于正当业务行为。正当业务行为“是指虽然没有法令的直接规定,但在观念上被认为是正当的业务的行为。业务是指

人在社会上反复或继续实施的行为”^[12]。诸如医生手术、体育竞技等都属于正当业务的范畴。正当业务必须发生在“业务”活动中;合理冒险行为不局限于此,因为“在日常生活中也会有某些不太多的正当风险发生,将它们排除在刑法典第41条的效力之外是不正确的”^{[6]477}。承认业务或职业行为之外的冒险行为的合理性,在其他国家的刑法立法中尚没有见到,因此可以说是俄罗斯刑法立法的一个特色。

从总体上看,与紧急避险以及正当业务相比,合理冒险行为的条件更为宽松,范围更为广泛。合理冒险行为的规定在一定程度上反映了俄罗斯刑法宽容冒险行为,鼓励冒险创新的立法追求。

(二) 保护善意动机

在俄罗斯刑法中,动机和目的是犯罪的选择要件,即某些犯罪以特定的动机或目的为构成要件,更多的犯罪则不要求具备特定动机。而且往往是对坏的、恶劣的等“反面”的动机或目的作出规定,具备这些动机的行为构成犯罪对此规定更重的刑罚。例如,出于贪利(корыстный)或其他卑鄙的(низменный)动机(第152条第1款),是偷换婴儿的必要条件。具有流氓(хулиганский)动机的杀人(第105条第3款 и 项)、具有贪利(корыстный)动机的绑架(第126条第2款 з 项)、以摘取被害人身体器官或组织为目的的贩卖人口(第127条之一第2款 ж 项),则适用更高的法定刑。而对具有好的、善良动机或目的可以减轻处罚或不构成犯罪的“正面”规定却不多见。对行为人善意动机的关注不如对恶意动机的关注多,这是刑法本身的特性决定的,因为刑法规定的犯罪行为其本质是被作为“恶行”对待,甚至刑罚也被视为一种不得已的“恶害”。

但是,在排除犯罪性质的诸情形中,行为的动机和目的“善意”属性显得非常重要,这在俄罗斯刑法中得到了充分体现。俄罗斯刑法第8章规定的排除犯罪性质的情形,每一种都不同程度地反映了是行为的动机和目的使其排除了犯罪属性。其中合理冒险行为的规定对行为人善良的目的和动机的强调,应该说最为明显。有俄罗斯刑法学者认为:“作为刑事违法行为的心理基础的动机和目的,不可能被认为是对社会有利的。”^[13]所以,作为一种排除犯罪性的情节,合理冒险行为的法定条件之一是主观上必须出于有益于社会的目的。如果冒险行为人是出于个人私利而侵害了刑法保护的利益,就非但不是“善行”,反而构成犯罪,应当承担刑事责任。在排除犯罪性质的情形中突出强调“善意”动机或目的的作用,也是俄罗斯刑法中合理冒险行为规定的特色

之一。

三、该规定对中国刑法的启示

俄罗斯刑法中的合理冒险行为尽管是一个很有民族特色的规定,对中国刑法的发展和完善或许仍然具有启示意义。

(一) 谨慎建立风险刑法范式

德国社会学家贝克20世纪80年代首次系统提出风险社会的概念。风险社会理论认为现代社会是一个风险无处不有、无时不在的社会,这种观点也成为法学特别是刑法学反思自身传统的契机。于是,“风险刑法”成为近年来受人瞩目的话题之一。有学者认为“针对风险社会犯罪的特点,刑法关注的不能仅仅是实害,还应包括风险。为此,以风险为核心的适应风险社会需要的刑法范式必须应运而生”^[14]。与传统刑法相比,风险刑法范式最主要的变化体现在刑法在以防范风险为己任、刑罚的运用时间提前、罪责原则的地位下降等方面,这几乎颠覆了传统刑法所坚守的全部重要理念。在风险刑法范式下,一切冒险之举都可能成为刑法所禁止的犯罪行为,诸如驾驶快速交通工具、使用互联网络、研制新型药品等有“风险”的行为稍有不慎便有可能面临刑事追诉。所以,有学者认为这样的社会是“利用政治力量寻求饮鸩止渴式的风险管理”^[15],即使积极呼唤这种刑法范式的学者也承认“用刑法应对风险存在风险”^[14]。正是由于这个原因,所谓风险刑法范式迄今没有在任何一个国家变成现实,而是仍然停留在理论形态。德国法学家考夫曼认为:“在现代多元的风险社会,人类必须放胆行事,不能老是在事前依照既定的规范或固定的自然概念,来确知他的行为是否正确,亦即,人类必须冒险行事。”^[16]这样说固然有些宏观,但是从中基本可以反映出这位刑法学家、法哲学家对于风险刑法有所保留的态度。俄罗斯刑法中规定的合理冒险行为则更用立法实践证明了风险刑法范式目前还很不现实。换言之,如果能够正视合理冒险行为规定的可取之处,无疑能提醒我们谨慎对待风险刑法范式的建立。

(二) 犯罪动机等酌定情节法定化

在现实生产生活中,出于有利于社会的动机,事与愿违导致不利后果因而构成犯罪的情况常有发

生。类似“错误指挥挖断电信光缆,好心村支书被公诉”^[17]、“因让群众浇地而违规用电,好心村主任过失犯罪”^[18]的案件时有报道。在相当数量涉及爆炸物的案件中,行为人为了节约开支、提高效率使用自制炸药施工,虽未造成任何实际损害,也受到了追诉^①。犯罪动机不是中国刑法明文规定的法定情节,司法实践中一般只能作为酌定情节予以考虑。尽管刑法理论认为:“就地位而言,毫无疑问,法定量刑情节是由法律明文具体规定,裁量刑罚时必须考虑的因素。但是,这丝毫不意味着酌定情节不是量刑情节,或是可认定可不认定的情节。作为一种客观存在,对于行为社会危害性和行为人人身危险性影响较大的酌定量刑情节,审判人员量刑时必须予以认定和考虑。”^[19]但是在“合情合理不合法依法办”这种僵化司法观念仍占主导地位,司法人员素质尚待提高的现阶段,这种“必须予以认定和考虑”的前提如何确定,保证力何在,无不令人担忧。所以,陈忠林教授提出将包括犯罪动机在内的酌定情节法定化的建议,即在刑法中明文规定:主观上出于有利于社会的动机,客观上产生有利于社会的结果,并且没有造成任何实际损害的行为,即使在形式上违反了法律的规定,不认为是犯罪^②。反观俄罗斯刑法中关于合理冒险行为的规定,是只要出于有利社会的动机即使导致了一定的危害也不作为犯罪处理。我们目前不能完全借鉴俄罗斯的这一做法,但是采纳上述建议,在刑法中明确规定出于有利于社会的动机、客观上无害于社会的行为不是犯罪,则是完全必要和可行的。

参考文献:

- [1] 俄罗斯联邦刑法典[Z]. 黄道秀,译. 北京:中国法制出版社,2004:15.
- [2] 赵微. 俄罗斯联邦刑法[M]. 北京:法律出版社,2003:280.
- [3] 薛瑞麟. 俄罗斯刑法研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:244.
- [4] 张寿民. 俄罗斯法律发达史[M]. 北京:法律出版社,2000:320.

①最高人民法院修改了相关司法解释,从2010年1月1日起,因筑路、建房、打井、整修宅基地和土地等正常生产、生活需要,或者因从事合法的生产经营活动而非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物,数量达到一定数量标准,没有造成严重社会危害,并确有悔改表现的,可依法从轻处罚;情节轻微的,可以免除处罚。司法解释的修改虽然仍不够彻底,但显然会在一定程度上矫正“合情合理不合法依法办”的做法。

②这是陈忠林教授以代表的身份向全国人民代表大会提交的议案的部分内容。该议案的另外一部分内容是“在刑法第61条后增加两款,具体内容为:前款中所说的犯罪情节,包括犯罪的动机、手段、环境、条件、对象、时间、损害后果、犯罪人的一贯表现和犯罪后的认罪态度等所有造成社会危害及其危害程度的情况。因对非法行为的义愤而实施犯罪,或者案发前已经主动弥补了犯罪所造成全部损害的,应当从轻、减轻或者免除处罚。”

- [5] Л. В. 伊诺加莫娃·海格. 俄罗斯联邦刑法(总论)[M]. 黄芳, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 174.
- [6] Н. Ф. 库兹涅佐娃. 俄罗斯刑法教程(总论)上卷·犯罪论[M]. 黄道秀, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002: 477 - 478.
- [7] Ю. И. 斯库托拉夫. 俄罗斯联邦刑法典释义(上册)[M]. 黄道秀, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 107.
- [8] А. И. РАРОГ. Российское уголовное прова :общая часть [M]. М. :Профобразование, 2001. с. 368 - 371.
- [9] 大塚仁. 刑法概说(总论)[M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 320.
- [10] 李斯特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 200.
- [11] 罗克辛. 德国刑法学总论(第1卷)[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 398.
- [12] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京: 清华大学出版社, 1999: 174 - 175.
- [13] В. Н. КУДРЯВЦЕВ, А. В. НАВУМОВ. Российское уголовное прова: общая часть [M]. М. : Спарк, 2000. с. 168.
- [14] 陈晓明. 风险社会之刑法应对[J]. 法学研究, 2009(6): 52 - 64.
- [15] 李茂生. 风险社会与规范论的世界[J]. 复旦法学杂志, 2009(10): 145 - 153.
- [16] 考夫曼. 法律哲学[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 426.
- [17] 曾祥生, 周云剑. 错误指挥挖断电信光缆, 好心村支书被公诉[EB/OL]. (2006 - 12 - 23) [2010 - 05 - 27]. <http://review.jcrb.com/zywfiles/ca572081.htm>.
- [18] 朱家重, 刘玮. 因让群众浇地而违规用电, 好心村主任过失犯罪[EB/OL]. (2009 - 07 - 03) [2010 - 05 - 27]. http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=363778&k_author=.
- [19] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 359.

Russian Criminal Law “Reasonable Risk-taking Behavior” Requirement and the Inspiration of the Criminal Law

RU Shi-chun

(School of Law, Chongqing University, Congqing 400044, P. R. China)

Abstract: Reasonable risk-taking behavior is a unique Russian criminal law provisions. As a rule of criminal cases, a reasonable risk-taking behavior is different from necessity, also is distinguished from legitimate business behavior. This provision reflects the risk tolerance, protects the unique nature of good motives. Inspiration is the criminal law should require careful establishment of a risk paradigm, and take into account the motivation of crime statutory discretionary circumstances.

Key words: reasonable risk-taking behavior; exclude criminal; risk criminal law; criminal motivation; legal circumstances

(责任编辑 胡志平)