

疫学因果关系理论中国化之否定

王 晓 滨^{*}

摘 要:自 21 世纪初开始,我国有学者主张引进以日本为代表的西方国家的疫学因果关系理论,并将其作为我国判断公害犯罪因果关系的理论。然而,从价值层面看,疫学因果关系理论基于行为引起结果的高度盖然性而推定存在因果关系的判断方法,有违刑法的人权保障机能;从立法层面看,我国不具备日本将疫学因果关系写入刑事立法时的特殊性;从司法实践层面看,我国传统因果关系理论并未给处罚公害犯罪带来障碍,且我国尚不具备引进疫学因果关系理论的司法实践基础。在公害犯罪领域,传统因果关系理论应当得以坚持,疫学因果关系理论不必引进。

关键词:疫学因果关系 传统因果关系 公害犯罪 刑事推定 风险刑法

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.03.007

晚近以来,公害犯罪的多发性和复杂性给整个社会带来困扰。有学者认为,加强刑法的处罚力度,无疑是应对这种困扰最为有力的举措。^①以这种观点为基础,疫学因果关系理论以其能够降低因果关系的判断标准,为国家刑罚权的发动提供便宜为优势,在众多因果关系理论当中脱颖而出,受到我国不少学者的青睐。然而,正如美国学者所言:“一切风险的防范措施几乎总是引发其他风险”。^②被认为是应对公害犯罪关键举措的疫学因果关系理论本身就具有极大的风险。本文拟从多个方面对疫学因果关系理论中国化问题进行反思,并得出有效防治公害犯罪无须在刑法学领域引进疫学因果关系理论,而须包括刑法在内的多个部门法有力配合的结论。

一、疫学因果关系理论中国化之肇始

疫学因果关系理论本来是传染病学中的判断因果关系是否存在标准。起初,以日本为代表的大陆法系国家将疫学因果关系理论应用于公害犯罪领域。自本世纪初开始,我国有学者提出应借鉴大陆法系国家的做法,将疫学因果关系理论引进我国刑法学领域,作为判断公害犯罪因果关系是否存在的理论。

^{*} 辽宁大学法学院讲师

基金项目:沈阳市哲学社会科学专项资金规划课题(17024)

^① 参见庄劲:《论传染病犯罪因果关系的认定——疫学因果关系理论的倡导》,《政法论丛》2003 年第 6 期。

^② [美] 凯斯·R.桑斯坦:《恐惧的规则——超越预防原则》,王爱民译,北京大学出版社 2011 年版,第 48 页。

（一）疫学因果关系的含义及适用范围

按照日本学者的观点,疫学因果关系是“疫学上所采用的因果认识方法,某因子与疾病之间的关系,即使不能够从医学、药理学等观点进行详细的法则性证明,但根据统计的大量观察,认为其间具有高度的盖然性时,就可以肯定存在因果关系”。^①换言之,在行为引起结果的可能性非常大,但根据现有的科技水平,不能确证该结果是由该行为引起时,只要行为人不能证明自己没有造成结果,就可以根据统计学上的高度盖然性,推定存在因果关系。根据日本学者的观点,疫学因果关系的判断必须遵守以下4个基本规则:“第一,该因子在发病前的一定的期间已经发生作用。第二,该因子的作用程度越明显则疾病的发生率越高。第三,根据该因子的发生、扩大等情况作的疫学观察记录,能说明流行的特性,而没有矛盾。第四,从该因子为原因的发生机制上可能予以生物学的说明而不发生矛盾”。^②

一般认为,日本是最早将这种基于高度盖然性而推定存在因果关系的理论应用于公害犯罪的国家。^③日本《公害犯罪处罚法》(1970年12月25日第64届日本国会通过)第5条规定:“伴随工厂或企业的业务活动而排放有害于人体健康的物质,致使公众的生命或身体受到严重危害,并且认为在发生严重危害的地域内正在发生由于该种物质的排放所造成的对公众的生命或身体的严重危害,此时便可推定此种危害纯系该排放者所排放的那种有害物质所致。”^④根据日本学者的观点,该条文是将疫学因果关系理论应用于刑法学领域的结果。^⑤但是,我国有学者基于该条文规定的因果关系推定原理,将该条文概括为“因果关系推定理论”,并主张在我国公害犯罪领域采用之。^⑥在笔者看来,“因果关系推定理论”与疫学因果关系理论的判断方法相同,即都是基于高度盖然性而推定存在因果关系,并且,就连主张将日本《公害犯罪处罚法》第5条概括为“因果关系推定理论”的学者,也是从疫学因果关系理论出发,对“因果关系推定理论”的具体规则进行阐述的。^⑦因此,所谓“因果关系推定理论”其实是对疫学因果关系理论的另一种称谓。综上所述,主张引进疫学因果关系理论的学者,多数是以日本《公害犯罪处罚法》第5条为范本,建议将上述理论引入我国刑法学中进而指导刑事立法和刑事司法实践的。^⑧

主张引进的学者一般都认为,应当将疫学因果关系理论适用于我国的公害犯罪领域,但是,对于公害犯罪范围的认识则未能达成共识。有学者主张,在污染环境罪领域适用疫学因果关系理论;^⑨也

① [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第104页。

② [日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第143页。

③ 参见[日]藤木英雄:《公害犯罪》,丛选功等译,中国政法大学出版社1992年版,第159页。

④ 张凌、于秀峰:《日本刑法及特别刑法总览》,人民法院出版社2017年版,第255页。

⑤ 参见[日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第192~193页。

⑥ 参见周微:《公害犯罪因果关系推定》,《河北法学》2012年第7期。

⑦ 参见周微:《公害犯罪因果关系推定》,《河北法学》2012年第7期。

⑧ 在论述公害犯罪因果关系的判断标准时,还存在一种名为“间接反证”的理论。根据我国学者的观点,间接反证理论是指:“在案件的主要事实是否存在尚不明确的情况下,举证责任发生转移,由本不负举证责任的当事人承担证明该主要事实不存在的证明责任”。周微:《公害犯罪因果关系推定》,《河北法学》2012年第7期。由于该理论主要涉及诉讼法上举证责任分配(即举证责任倒置)的问题,因此,主张将该理论作为我国公害犯罪因果关系判断理论的刑法学者为数不多。

⑨ 参见陈君:《论疫学因果关系在污染环境罪中的适用》,《北京理工大学学报》(社会科学版)2016年第6期。此外,还有学者认为应当将疫学因果关系理论适用于环境污染犯罪领域,但是,该学者并未对环境污染犯罪的范围作出明确的界定。参见张勇:《环境污染刑事案件中严格责任与推定原则问题探讨》,《北京政法职业学院学报》2005年第4期。

有学者认为,在食品安全犯罪领域应引进疫学因果关系理论;^①还有学者提出,在传染病犯罪领域应采用疫学因果关系理论。^②此外,有学者指出,应当用“致使不特定多数人的生命、健康、财产和生活的舒适性受到威胁和损害的行为”来界定公害犯罪。^③

(二)疫学因果关系理论与传统因果关系理论的关联性

所谓传统因果关系理论,是以“条件说”为基础的传统因果关系理论,包括条件关系理论与相当因果关系理论等理论。在以日本为代表的大陆法系国家的刑法学理论中,由于刑法因果关系的判断是建立在“没有前者就没有后者”的条件公式的基础之上的,因此,疫学因果关系理论与传统因果关系(尤其是条件关系)理论的关联性问题决定了疫学因果关系理论在刑法学理论中的合理性。日本赞成疫学因果关系理论的学者认为,疫学因果关系理论并非与传统因果关系理论相互排斥,而是对传统因果关系理论的一种补充或者特别适用。^④“刑法中条件关系的公式,要根据科学上能够证明的法则来理解,这是原则。但是,在今天,毕竟不能说完全解释清楚了科学法则,因此,关于在公害犯罪这种对人类而言尚是未知的领域发生的问题,需要对科学法则进行补充。所以,不可怀疑地存在着疫学上高度的盖然性时,刑法上也应该肯定存在条件关系。”^⑤对此持反对意见的学者指出:“出于防疫的必要,这里发挥主导作用的是‘存疑则罚’这一考虑。与此相反,刑法上的因果关系则必须是‘存疑则不罚’,因此,不能因为存在疫学上的因果关系便肯定存在刑法上的条件关系。”^⑥遗憾的是,我国主张引进疫学因果关系理论的学者,对疫学因果关系理论与传统因果关系理论的关联性问题鲜有论述。

(三)引进疫学因果关系理论的主要理由

主张引进疫学因果关系理论的学者,通常从如下几个方面阐述其合理性:第一,传统因果关系理论无法满足我国司法实践处罚公害犯罪的需要。通过对外国判例,尤其是对著名的“日本熊本水俣病案”^⑦等进行描述,主张引进疫学因果关系理论的学者一般认为,随着社会的发展,公害行为呈现出复杂性和特殊性^⑧的特征,由于受科技水平的局限,因此导致公害犯罪的因果关系无法被科学的因果法则所证实。在这种情况下,如果还坚持传统的因果关系理论,那么势必导致大量的严重公害行为难以被追究刑事责任。第二,“风险社会”的到来,要求对传统因果关系理论有所突破。疫学因果关系理论具有基于高度盖然性而推定存在因果关系的特性,这与传统因果关系理论相比,不得 not 说是降低了因

① 参见左袖阳、罗婷婷:《疫学因果关系论在食品安全犯罪认定中的合理性及其限制》,《中南大学学报》(社会科学版)2012年第6期。

② 持该种观点的学者在界定传染病犯罪的范围时指出,传染病犯罪主要包括两大类:一类是刑法明文规定以造成传染病传播或传播危险为构成要件的犯罪,如传染病防治失职罪、妨害传染病防治罪、传染病菌种、毒种扩散罪、投放危险物质罪等;另一类是刑法虽没有明文规定,但可以通过传播传染病而构成的犯罪,如故意杀人罪、故意伤害罪、过失致人死亡罪等。参见庄劲:《论传染病犯罪因果关系的认定——疫学因果关系理论的倡导》,《政法论丛》2003年第6期。

③ 参见周微:《公害犯罪因果关系推定》,《河北法学》2012年第7期。

④ 参见[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第105页。

⑤ [日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第192页。

⑥ [日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第69页。

⑦ 参见谢治东:《“疫学因果关系”与我国刑法理论的借鉴》,《湖北社会科学》2005年第9期。

⑧ 主张引进疫学因果关系理论的学者通常从以下几个方面阐述公害犯罪因果关系的特殊性:第一,公害犯罪的因果关系具有高度复杂性和不确定性;第二,公害犯罪的因果过程具有长期性与潜伏性;第三,公害犯罪的危害结果具有多因性和多重性;第四,公害犯罪因果关系在认定技术和方法上具有复杂性和困难性。参见陈君:《论疫学因果关系在污染环境罪中的适用》,《北京理工大学学报》(社会科学版)2016年第6期。

果关系的判断标准,加大了行为人行为的入罪风险,从而突破了“疑罪从无”原则和刑法的人权保障机能。鉴此,仅从形式上阐述为了处罚之必要而主张引进疫学因果关系理论,实难充分说明其合理性,所以,主张引进疫学因果关系理论的学者不得不从更深层次的理论——“风险社会”或“风险刑法”理论——中寻求其合理性。我国有学者指出:“风险社会的一个突出特点就是高度不确定性。风险社会所面对的风险不同于以往的风险形式。工业社会的风险大体可以通过科学理性加以确定和控制,而风险社会的风险是一种人为制造的风险,科学理性在这种风险面前已变得无能为力。”^①根据该学者的观点,在“风险社会”,人们无法再信任科学技术手段,因果关系则不可能再运用科学的因果法则加以证实,因果关系理论在认定犯罪时的作用也逐渐减弱甚至归于消灭,归责标准则必须被重新构建:“对风险犯的归责,并不需要查明受归责的因与果以及二者间的因果流程,也无须凭借因果关系的联结作为刑法归责的前提,风险行为自身取代因果关系成为归责的联系点。判明因果关系对是否归责无实际意义,风险而非因果关系才是归责的基础,因为即使无因果却仍需归责。可见,风险刑法的归责标准趋向简单化,其归责前提由因果归责转变为单纯的行为归责,亦即特定的结果与行为之间的纽带已被单纯的行为所取代,自然主义为基础的现象被纯粹规范性责任分配所取代”。^②根据这种因果关系判断逐渐被弱化甚至归于消灭的“风险刑法”归责理念,在公害犯罪这一具有高度危险性的犯罪中适当降低因果关系的判断标准,接受基于高度盖然性而推定存在因果关系的疫学因果关系理论则是顺理成章的事情。难怪我国有学者会认为:“与‘造成’型因果相比,‘概率提升’型因果^③突出的优势在于,可适用于行为人的行为因素与其他的作用因素无法相分离,科学上无法证明行为与结果之间存在条件性关联的场合。令条件公式束手无策的累积型因果案件,若按‘概率提升’型因果的原理来处理,其归责难题便迎刃而解。”^④综上所述,在“风险社会”的背景下,公害犯罪的复杂化加上科学技术水平的局限性,使得以“条件说”为基础的传统因果关系理论无法满足处罚公害犯罪的需求(即防卫社会)是主张引进疫学因果关系理论的关键理由。

二、疫学因果关系理论中国化之省思

正如我国学者所言,由于疫学因果关系理论“涉及的绝非单纯的证明法则上逻辑严谨性的放松,更牵涉实体法上因果关系认定标准降低的问题”,^⑤因此在刑法学领域对疫学因果关系理论进行研究具有相当重要的意义。然而,观察我国刑法学界关于疫学因果关系理论的研究成果,论者们几乎异口同声地赞同在公害犯罪领域引进疫学因果关系理论,并建议将其直接应用于司法实践。在这种表面和谐的背后,实际上隐藏着非常严重的问题:主张引进疫学因果关系理论的观点,虽然从表面上看顺应了国际社会的发展趋势,似乎保障了法律移植的优选性,但是由于没能从本国的实际国情出发进行

① 陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期。

② 陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期。

③ 根据该学者的观点,传统刑法学理论中主要有3种结果归责类型:造成型因果、引起型因果与义务型因果。其中,以自然主义为基础,强调物理性动作对外部世界的现实作用力的因果观念被称为造成型因果。此外,该学者还认为,由于晚近出现的“疫学因果关系说”与风险升高理论无法归入3种传统结果归责类型,因此,应将“疫学因果关系说”与风险升高理论概括为“概率提升型”因果,并将其视为一种新的结果归责类型。参见劳东燕:《事实因果与刑法中的结果归责》,《中国法学》2015年第2期。

④ 劳东燕:《事实因果与刑法中的结果归责》,《中国法学》2015年第2期。

⑤ 劳东燕:《事实因果与刑法中的结果归责》,《中国法学》2015年第2期。

考察,因而丧失了法律移植的兼容性和本土化,^①难免显得冒进。在这种情况下,疫学因果关系理论如果被写入我国刑事立法并被应用于司法实践,那么就难免引起包括本国理论、法律规定以及司法实践等在内的“免疫排斥”。具体而言,主张引进疫学因果关系理论的观点存在如下难以弥补的缺陷。

(一)对刑法人权保障机能重视不足

“风险刑法”理论存在处罚范围不明、违反刑法谦抑性、损害刑法人权保障机能等缺陷,是连主张刑法应当迎合“风险社会”作出调整的学者都承认的事情。^②由于疫学因果关系理论是以“风险刑法”理论为背景被主张引进的,因此也同样存在以上问题。详言之,疫学因果关系理论对刑法人权保障机能重视不足的表现如下:

首先,疫学因果关系理论的判断标准模糊。疫学因果关系理论是以行为引起结果的高度盖然性为标准推定存在因果关系的。其中,“高度盖然性”的含义是,行为造成结果的可能性超过50%。^③可见,疫学因果关系理论实际上是以“一定比例”为标准来认定因果关系的。例如,甲、乙二人在不成立共同犯罪的情况下分别实施一定的行为,通过证据证明,甲的行为造成结果的可能性是30%,乙的行为造成结果的可能性是60%,根据疫学因果关系理论,乙的行为被认定为造成结果的原因。如果说由于按份责任^④和过错相抵原则^⑤等的存在,使得民法中的比例因果关系具有合理性的话,那么在刑法领域比例因果关系则不具备这样的合理性。因为刑法因果关系的判断需要遵守“全有”或“全无”的原则,也即刑法因果关系的判断只有“有”或“无”的问题,而不存在“一定比例”因果关系的问题。例如,我们不能说由于某丙的行为造成某丁重伤的可能性是75%,因此某丙就对某丁的重伤结果承担75%的刑事责任。以“一定比例”为判断标准的疫学因果关系理论实际上是将“高度盖然性”直接上升为“全有”。^⑥这虽然在形式上使疫学因果关系符合刑法因果关系的判断原则,但为何能将“高度盖然性”直接上升为“全有”仍然存在疑问。对此,日本学者的相关论断似乎能够提供答案。有日本学者指出:“本来,所谓相当因果关系无非是按照人类的社会经验所认识到的在实行行为与结果之间存在的实施某种行为就会由它产生某种结果这种高度的盖然性。在现实上能否断定被作为原因的行为与结果之间具有百分之百的确实联系,在某种程度上是可以怀疑的。按照人类的社会经验,这也是意味着

① 一般认为,为了促进法律的健康发展,在法律移植的过程中必须注意以下几点:第一,要注意外国法(供体)与本国法(受体)之间的同构性和兼容性,要对受体进行必要的机理调试,以防止移植之后出现被移植的“组织”或“器官”变异。第二,要注意外来法律的本土化,即用本国法去同化和整合外国法。法律移植必须立足于本国、本社会的现实国情。第三,要注意法律移植的优选性,在法律移植时应当选取最成熟、最先进、最实用的法律。第四,要注意法律移植的超前性,要对外国法进行必要的改进,以适应社会的发展。参见张文显:《法理学》,高等教育出版社2007年版,第214页。引进疫学因果关系理论既然是一项法律移植,那么在引进的过程中理应遵循以上关于法律移植的全部注意事项。

② 参见陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期。

③ 参见杨素娟:《论环境侵权诉讼中的因果关系推定》,《法学评论》2003年第4期。

④ 民法中的按份责任,是指数个侵权人中的每一个人仅就同一损害结果承担部分的赔偿责任。例如,《中华人民共和国侵权责任法》第12条规定:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任”。参见孙维飞:《论安全保障义务人相应的补充责任——以〈侵权责任法〉第12条和第37条第2款的关系为中心》,《东方法学》2014年第3期。

⑤ 民法中的过错相抵原则,是指侵权行为人与受害人双方都有过错,应当按照过错程度,双方过错相抵,从而减轻或免除一方当事人的责任。例如,《中华人民共和国侵权责任法》第26条规定:“被侵权人对损害的发生也有过错的,可以减轻侵权人的责任”。参见郑尚元:《侵权行为法到社会保障法的结构调整——以受雇人人身伤害之权利救济的视角》,《现代法学》2004年第3期。

⑥ 参见劳东燕:《事实因果与刑法中的结果归责》,《中国法学》2015年第2期。

现代的科学是那样认为的,将来科学进步了,发现以前的认识不彻底,实际上当时存在着没有被认识的科学法则,就可以重新认识其间的联系,即,条件关系、相当因果关系最终是以该社会中的科学、健全的社会常识为基础来判断的。在这个意义上来说它与疫学因果关系没有本质的不同。”^①笔者认为,这种观点实质上是以国民事先预测的不确定性(即由于因果关系判断标准的不确定,使国民在实施行为以前,无法通过法律规定、判例乃至科学技术手段等明确判断出自己实施该行为可能招致的法律后果)来弥补因科学技术水平的局限而导致的司法裁判误差。这与为了保障国民的行动自由而必须事先(在实施行为以前)将犯罪的成立条件及其法律后果向国民明确公布的罪刑法定原则相违背。虽然传统因果关系理论也无法证实实行行为与结果之间存在百分之百的联系,但是该理论也绝非仅仅证明实行行为与结果之间存在高度盖然性即可直接承认“全有”。传统因果关系理论判断因果关系的标准为:在实体法上,实行行为与结果至少具备“没有前者就没有后者”的条件关系;在程序法上,则要符合排除合理怀疑的证明标准。^②也就是说,只有当实行行为之外的其他因素导致结果发生的可能性被公诉方完全排除掉,依靠科学的因果法则证实实行行为与结果之间不存在没有前者就没有后者的条件关系时,才能承认“全有”。由此可见,“高度盖然性”与“全有”是两种完全不同的状态。疫学因果关系理论在没有将造成结果的其他可能性完全排除的情况下,就轻易地将“高度盖然性”直接上升为“全有”的做法,使得公害犯罪的因果关系在没有排除合理怀疑的情况下也能成立。这实则降低了公害犯罪因果关系的判断标准,减轻了公诉方的举证责任,在国家刑罚权的发动提供便利的同时,也加大了行为人行为的入罪风险。从这种意义上讲,疫学因果关系理论已经突破人权保障机能以及疑罪从无原则。

其次,疫学因果关系理论的推定方法缺乏制度保障。关于“推定”的方法,一般认为,“根据刑事诉讼法中的证据裁判原则,认定案件事实需要根据证据加以证明,没有证据或者未经司法证明,任何事实都不能被认定为真实的”。^③但是,也存在例外的情况。有些事实无须提供证据证明,只要能提供证据证明基础事实,即可依据一定的逻辑、经验法则或者常识直接认定推定事实,这种例外的情况即是刑事推定。^④就疫学因果关系理论的推定方法而言,只要公诉方能够提供证据证明:(1)发生了犯罪结果、行为人实施了实行行为,(2)行为人的实行行为造成犯罪结果的可能性超过50%,就可以推定存在因果关系。不难看出,刑事推定实则免除或者减轻了公诉方对于推定事实的举证责任,而基础事实与推定事实之间往往又缺乏逻辑上的连续性,从而导致法官在根据基础事实认定推定事实时,无法合乎逻辑地排除合理怀疑,充其量是基于一定的可能性。在这种情况下,为了保障行为人(即刑事被告人、被告人)的权利,通常允许行为人提供证据以推翻推定事实。若行为人不能提供证据证明

① [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第105页。

② 根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第200条第1项、第55条第2款等条款的规定,我国刑事诉讼的证明标准为:“案件事实清楚,证据确实、充分”。而“证据确实、充分”,是指定罪量刑的事实都有证据证明;据以定案的证据均经法定程序查证属实;综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。由此可见,“排除合理怀疑”是“证据确实、充分”标准在主观方面的解释与要求,其含义是对于事实的认定,已没有符合常理的、有根据的怀疑,实际上达到确信的程。参见卞建林、张璐《“排除合理怀疑”之理解与适用》,《国家检察官学院学报》2015年第1期。

③ 陈瑞华:《论刑事法中的推定》,《法学》2015年第5期。

④ 例如,在毒品犯罪中,公诉方只要提供证据证明某些基础事实的存在,就可以依据一定的常识或者经验,认定被告人已经“明知是毒品”。参见陈瑞华:《论刑事法中的推定》,《法学》2015年第5期。

推定事实不成立,则可能因此承担刑事责任。^①也就是说,刑事推定存在举证责任的转移,即将证明推定事实的责任由公诉方转移给了行为人。就认定案件事实的方法而言,刑事推定已经同无罪推定原则发生了冲突。正因如此,我国立法及司法解释都对刑事推定持极为谨慎的态度。虽然基于《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)和关于某些具体罪名的司法解释的相关规定,我国刑事诉讼法学理论界和实务界普遍承认刑事推定的存在,但是一般认为刑事推定的适用范围极为有限,即只有在认定目的犯之“目的”、犯罪故意的“明知要素”以及巨额财产来源不明罪中“巨额财产来源的非法性”时,才允许使用刑事推定。^②而《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)没有对刑事推定作出明文规定。2012年10月16日,最高人民检察院发布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》只对刑事推定作出了极为有限的规定。^③2012年11月5日,最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》甚至对刑事推定持否定的态度。^④综上所述,我国的刑事推定制度尚未健全,尤其是对于“是否允许推翻推定事实”“推翻推定事实的举证责任由谁承担”“推翻推定事实的证明标准是什么”等保障行为人诉讼权利的事项尚缺乏系统、明确的规定。在这种情况下,如果在公害犯罪领域引进以刑事推定为认定方法的疫学因果关系理论,那么势必使得行为人的诉讼权利缺乏有效的制度保障,从而违背《刑事诉讼法》第2条“保障无罪的人不受刑事追究”和“尊重和保障人权”的规定,并最终加大行为人的行为在实体法上的入罪风险。

再次,疫学因果关系理论的适用范围不明确。主张引进该理论的学者,几乎都赞同将疫学因果关系理论适用于我国的公害犯罪领域,但是,对于公害犯罪的概念与范围,我国学界尚未达成共识。持传统观点者认为,公害犯罪仅指危害环境之犯罪。^⑤也有学者认为,公害犯罪是“危害环境的犯罪以及危及公众人身、财产安全的有害制品的犯罪”。^⑥此外,如前所述,还有学者主张将疫学因果关系理论适用于传染病犯罪等其他犯罪。由此可见,在主张引进疫学因果关系理论的学者的观点中,疫学因果关系理论的适用范围尚未确定,且有逐渐扩大的趋势,即疫学因果关系理论是适用于环境犯罪、食品药品安全犯罪、传染病犯罪,还是也适用于以保护公共安全为目的的危害公共安全相关犯罪,抑或适用于诸如故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪等通常以保护公民个人法益为目的的犯罪,是难以确定的。此外,如果在环境犯罪、食品安全犯罪等领域打开“突破口”,使疫学因果关系理论进入我国的刑事立法和司法实践,那么基于处罚上的便宜性,就可能使疫学因果关系理论变成一剂“毒药”,不断“摧毁”传统因果关系理论关于因果关系的判断标准;即可能使疫学因果关系理论向其他与公害相关的犯罪领域蔓延,并逐渐渗透到与公害无关的犯罪中去,从而导致整个刑法因果关系判断标

① 参见陈瑞华:《论刑事法中的推定》,《法学》2015年第5期。

② 参见陈瑞华:《论刑事法中的推定》,《法学》2015年第5期。

③ 《人民检察院刑事诉讼规则》第437条规定:“在法庭审理中,下列事实不必提出证据进行证明:……(五)法律规定的推定事实……。”

④ 《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第64条规定:“应当运用证据证明的案件事实包括:……(四)被告人有无刑事责任能力,有无罪过,实施犯罪的动机、目的;(五)实施犯罪的时间、地点、手段、后果以及案件起因等;……。”

⑤ 参见张梓太:《论公害罪》,《南京大学学报》(哲学、人文科学、社会科学版)1999年第4期。

⑥ 陈航:《公害犯罪若干问题研究》,《甘肃政法学院学报》2001年第4期。

准的模糊化,以及刑法处罚范围的无限扩张。^①果真如此,则势必损害国民的预测可能性,造成行为的萎缩,以致阻碍整个社会的发展。

最后,疫学因果关系理论“侵蚀”了刑法的谦抑性。刑法的谦抑性,是指“刑法不应将所有的违法行为都作为其对象,而应将不得已才使用刑罚的场合作为其对象的原则”。^②这意味着,在行使刑罚权时,要采取谨慎和克制的态度,只有在用尽其他社会手段(包括其他部门法治理方法)之后仍无法有效保护法益时,才能动用刑法(刑法的补充性)。基于这样的道理,面对某种违法行为,与其他部门法相比,刑法的处罚标准(包括因果关系判断标准在内的犯罪成立条件)往往更为严格。以盗窃行为为例,无论行为人盗窃了多少数额的财物,被害人都可以根据《中华人民共和国物权法》和《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)的相关规定主张返还或者损害赔偿。而想要动用刑法处罚普通盗窃行为,则盗窃财物数额必须达到1 000元至3 000元以上。由此可见,在数额方面,与民法中盗窃侵权行为的成立标准相比,刑法上盗窃罪的成立标准更为严格。对于环境侵权民事案件因果关系的判断方法,《侵权责任法》第66条作出了规定:“因污染环境发生纠纷,污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任”。该规定实际上是以一定的盖然性为标准,采取举证责任倒置的方式(即因果关系推定规则)认定因果关系。^③即受害人要提供证据证明:(1)发生了损害结果、行为人实施了损害行为,(2)行为人的损害行为与损害结果之间具有形式上的关联性(即一定的盖然性)。在这种情况下,如果行为人无法提供证据证明不存在因果关系,那么要承担败诉的风险。由此可见,我国环境侵权民事案件因果关系的判断方法与前述疫学因果关系的判断方法如出一辙。如此一来,将疫学因果关系理论引进我国刑法学领域,其实是在公害犯罪领域引入民法学上的因果关系判断方法,或者说,使得公害犯罪的因果关系判断方法与环境侵权民事案件因果关系的判断方法趋于一致。果真如此,则很难看出刑法在判断公害犯罪因果关系时的补充性。因此,疫学因果关系理论降低公害犯罪因果关系判断标准的做法,无疑是对刑法谦抑性的“侵蚀”。

(二)对疫学因果关系理论的日本“特殊性”疏于考察

如前所述,多数主张引进疫学因果关系理论的学者是以日本《公害犯罪处罚法》第5条为范本,建议将该理论引入我国刑事立法领域进而应用于司法实践的。然而,一种外国立法例的引进绝非通过简单的逻辑推演即可完成的。为了避免本国理论、法律规定以及司法实践出现“免疫排斥”现象,必须遵守法律移植的基本原理,即注意对外国法(供体)与国内法(受体)之间的同构性和兼容性的考察以及调试。^④而主张引进疫学因果理论的学者既未对作为疫学因果关系理论法律依据的日本《公害犯罪处罚法》的特殊性进行考察,也未将日本《公害犯罪处罚法》的立法背景与我国刑事立法的情况进行对比,即得出应当引进的结论,则难免有失法律移植的同构性和兼容性。

① 例如,我国有的主张引进疫学因果关系理论的学者在论及疫学因果关系理论的局限性时指出:“受疫学证明方法的限制,该理论只能适用于发生有群体患病现象疫病的公害犯罪案件,对其他损害则无能为力,对单个的公害犯罪受害人的救济作用也不大”。周微:《公害犯罪因果关系推定》,《河北法学》2012年第7期。在笔者看来,与其说这是论者对疫学因果关系理论局限性的阐述,不如说是论者在表达对疫学因果关系理论适用范围有限的遗憾。论者欲将疫学因果关系理论的适用范围扩大到公害犯罪以外领域的愿望,由此可见一斑。

② [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第8页。

③ 参见刘长兴:《环境侵权规则设计之偏差及矫正——基于环境侵权鉴定的分析》,《法商研究》2018年第3期。

④ 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社2007年版,第214页。

其实,作为疫学因果关系理论法律依据的日本《公害犯罪处罚法》,具有相当的特殊性:(1)该法的通过具有历史特殊性,(2)该法系单行刑法。基于这些特殊性,该立法例不能当然地被我国刑事立法所借鉴。具体而言,首先,我国不具备日本《公害犯罪处罚法》通过时的历史特殊性。第二次世界大战结束以后,日本为了快速振兴经济,曾经一度忽视对环境的保护,因而造成严重的环境污染公害问题,其中包括广为人知的“四大公害病”案件,^①日本举国上下可谓深受其害。为了治理公害问题,平息舆论压力,日本于1970年召开第64届国会,制定或修改了包括《公害犯罪处罚法》在内的14部与公害相关的法律。^②另外,据日本学者考察,自颁布实施至1995年的25年间,《公害犯罪处罚法》仅被适用过4次。^③可见,作为疫学因果关系理论法律依据的日本《公害犯罪处罚法》只是日本在特殊历史时期用以解决特殊矛盾的产物。当特殊矛盾得到解决以后,该立法例的实用性就几乎不复存在。相比较而言,虽然近年来我国环境污染等公害案件呈增长态势,但是长期以来,党和国家高度重视环境保护等问题,我国未曾爆发过类似于日本“四大公害病”案件的全国性或区域性的恶性公害案件。因此,我国并不具备日本制定《公害犯罪处罚法》时的历史特殊性。其次,我国几乎不采用单行刑法的立法模式。单行刑法是指对刑法典规定的犯罪类型加以补充或扩张的刑罚法规。^④基于单行刑法的概念,可以将其特征总结如下:第一,从内容看,单行刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范;第二,从形式看,单行刑法是独立于刑法典之外的法律规范;第三,从性质看,单行刑法在适用时间、空间或对象等方面具有特殊性。日本《公害犯罪处罚法》于第2条、第3条、第4条规定了罪刑规范,^⑤并且其适用范围等的规定与刑法典的规定相比具有特殊性,因此,日本《公害犯罪处罚法》具备单行刑法的全部特征。如果说基于单行刑法在适用时间、空间或对象等方面的特殊性,在日本《公害犯罪处罚法》中规定有别于传统因果关系的疫学因果关系具有妥当性的话,那么我国的刑法立法则不具备这样的条件。自1981年6月至1995年10月,为了弥补1979年《刑法》在处罚范围规定上的不足,全国人民代表大会常务委员会先后颁布了23个单行刑法。如今,这23个单行刑法的罪刑规定已经基本纳入1997年《刑法》之中。目前,在我国仍然有效的单行刑法仅有《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》一部。^⑥由此可见,在当前我国几乎不存在单行刑法的立法背景下,疫学因果关系理论的引进恐怕只能以刑法修正案的模式写入刑法典,然而,刑法典并不具备单行刑法那样的在适用时间、空间和对象等方面的特殊性。那么,同样是被规定在刑法典中的犯罪,为什么只对公害犯罪适用疫学因果关系理论而不对其他犯罪适用该理论,则是主张引进疫学因果关系理论的学者无法回避且难以回

① “四大公害病”案件是指:1956年“熊本水俣病案”,先后有10 000人患病;1966年“新潟水俣病案”,受害者多达12 615人,其中有1 246人死亡;1960年—1972年“四日市哮喘病案”,日本全国患四日市哮喘病的患者多达6 376人;1910年—1970年前半段“骨痛病案”,伤亡人数众多。参见《曾经危害日本的四大环境污染公害病》,http://www.sohu.com/a/146349094_527145,2018-08-12。

② 参见曲阳:《日本的公害刑法与环境刑法》,《华东政法学院学报》2005年第3期。

③ 阿部泰隆、淡路刚久:『環境法』(有斐閣ブックス、1995年)220頁参照。

④ 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第5页。

⑤ 参见张凌、于秀峰:《日本刑法及特别刑法总览》,人民法院出版社2017年版,第255页。

⑥ 之所以说《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》是单行刑法,是因为该《决定》在第1条作出了具体的罪刑规定,并且,其在适用范围等方面具有特殊性。此外,有学者认为,诸如《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》《关于维护互联网安全的决定》《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》等规范性文件也可以被视为单行刑法。参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第17页。但笔者认为,由于上述规范性文件缺乏具体的罪刑规定,因此不能将其视为单行刑法。

答的问题。

(三)没有立足于我国惩治公害犯罪的司法实践

“法律是特定民族的历史、文化、社会的价值与一般意识形态与观念的集中体现。任何两个国家的法律制度都不可能完全一样,法律是一种文化的表现形式。如果不经某种本土化的过程,它便不可能轻易地从一种文化移植到另一种文化。”^①因此,一种立法例的引入,必须至少立足于我国的司法实践情况,然而,主张引进疫学因果关系理论的学者却忽视了这一点。他们一般认为,由于随着社会的发展,现有科技水平已经无法证明公害犯罪的因果关系,因此传统因果关系理论已经无法应对现有的公害犯罪。为了满足处罚之必要,应当从日本引进疫学因果关系理论。但是,由于论者未能拿出我国司法实践按照现行刑法规定、传统因果关系理论以及科学技术水平难以对公害犯罪进行处罚的实据,因此,也就使得主张引进疫学因果关系理论的观点脱离我国的司法实践,变成单纯的逻辑推演。那么,我国的司法实践是否真的存在处罚公害犯罪不力,必须引进疫学因果关系理论的现实需求呢?对此,笔者以我国最为传统的、在司法实践中发案率较高的公害犯罪——污染环境罪为例,对我国惩治公害犯罪的司法实践进行考察,以期找出答案。需要特别指出的是,《中华人民共和国刑法修正案(八)》对1997年《刑法》第338条污染环境罪作出了修改。对于修改后的污染环境罪究竟是行为犯还是结果犯,学界目前还没有形成一致的观点。有学者认为,修改后的污染环境罪仍然是结果犯。^②也有学者认为,污染环境罪既是行为犯,也是一种准抽象危险犯。^③还有学者认为,污染环境罪是情节犯。^④笔者认为,从修正后的1997年《刑法》第338条对污染环境罪“严重污染环境”要素的表述,以及最高人民法院、最高人民检察院于2016年12月23日联合发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《环境污染案解释》)第1条对“严重污染环境”的类型作出的18项解释看,污染环境罪既能够成立行为犯(《环境污染案解释》第1条第1项、第5项和第7项),也能够成立结果犯(《环境污染案解释》第1条第8项至第17项),还能够成立情节犯(《环境污染案解释》第1条第2项、第3项、第4项和第6项)。由此可见,在大多数情况下,只有在进行因果关系判断以后,该罪才可能成立既遂。在行为犯与以一定情节出现为既遂的场合,该罪无须判断因果关系也能成立既遂。这恰恰说明,在行为犯与以一定情节出现为既遂的场合,该罪的成立已经无须借鉴疫学因果关系理论。综上所述,对惩治污染环境罪的司法实践状况进行考察,仍然可以说明我国的司法实践对疫学因果关系理论的需求情况。

笔者对“法信网”2017年收录的全国范围内的455份污染环境案一审刑事判决书或裁定书^⑤进行了查阅和整理,具体情况见下表:

	样本数量	占样本总数百分比
记载无罪辩护的判决书	23	5.05%

① [美]格林顿、[美]戈登、[美]奥萨魁:《比较法律传统》,米健、贺卫方、高鸿钧译,中国政法大学出版社1993年版,第6~7页。

② 参见刘艳红:《环境犯罪刑事治理早期化之反对》,《政治与法律》2015年第7期。

③ 参见陈洪兵:《解释论视野下的污染环境罪》,《政治与法律》2015年第7期。

④ 参见鲁黄旭:《污染环境罪法益保护早期化之展开——兼与刘艳红教授商榷》,《法学》2016年第7期。

⑤ 需要说明的是,通过输入2017年、污染环境罪、第一审判决、刑事案件等条件,笔者检索到的文书数量为486份,但由于其中有31份文书与其他相关文书重复,因此文书样本总数为455份。

明确记载以被告人的实行行为与结果之间无因果关系或难以证明存在因果关系为无罪辩护理由的判决书	0	0
记载因司法鉴定有疑问或证据不足,无法证明被告人污染环境,而主张无罪辩护的判决书	16	3.52%
记载因其他理由而主张无罪辩护的判决书	7	1.54%
人民法院对无罪辩护主张予以采纳的判决书	0	0
因情节轻微、证据发生变化或证据不足,人民法院准许人民检察院撤回起诉的裁定书	5	1.10%
因被告人死亡,人民法院裁定终止审理的裁定书	1	0.22%

在这 455 份污染环境案一审刑事判决书或裁定书中,多数案件的案情比较简单,没有明确以因果关系有疑问而主张无罪的辩护;对司法鉴定或其他证据有疑问而主张无罪辩护的案件数量为 16 个,以其他理由主张无罪辩护的案件数量为 7 个,并且无罪辩护主张均未被人民法院采纳;未定罪案件数量为 6 个,其理由为人民检察院撤诉或被告人死亡。由此可见,现有科技水平和传统因果关系理论并未给我国司法实践处罚公害犯罪带来障碍,主张引进疫学因果关系理论的理由难以成立。

此外,如前所述,《侵权责任法》第 66 条规定了环境侵权民事案件因果关系推定规则,而此规则在适用过程中却出现了相当严重的问题。笔者认为,环境侵权民事案件因果关系推定规则在司法实践中遇到的问题,恰好可以为刑法学引进同样以推定为判断方法的疫学因果关系理论提供前鉴。我国有学者曾对其收集的环境污染相关民事案件进行统计分析,并得出如下结论:“关于因果关系的判断,其中判定‘行为与后果之间没有因果关系’的占 37.2%,基本上没有适用因果关系的推定程序规则,也没有发现降低因果关系证明标准的情况……更令人不解的是,一些文书一边适用举证责任倒置规则,一边仍然坚持运用鉴定结论认定因果关系,表明法官审理环境民事案件的能力不足……”。^①可见,虽然《侵权责任法》第 66 条明文规定了环境侵权民事案件因果关系推定规则,但是在司法实践中该规则却受到强烈的消极抵制。根据我国学者的观点,出现前述现象的主要原因有以下两点:第一,法官在定案时过度依赖鉴定结论。由于法官的业务能力不足,因此在认定环境侵权民事案件因果关系时过度依赖由第三方出具的鉴定结论,以致忽视影响认定因果关系的其他证据,从而导致认定案件事实的错误。第二,我国的环境科学鉴定机构较少。依赖鉴定结论的前提在于具有专业性、权威性且公信力极高的鉴定机构,而我国目前的情况却是具有环境科学鉴定能力和条件的鉴定机构非常少。^②不仅如此,还有学者指出,因果关系推定规则实质上是要求被告通过鉴定证明“无因果关系”或者“不存在因果关系”,而在实践中,这几乎是不可能实现的。“因为在科学上有一个定理:任何时候,说‘没有’比‘有’存在更大的风险。”^③综上所述,由于法官业务能力不足,环境科学鉴定机构的数量及业务范围有限,因此导致法官在认定环境侵权民事案件的因果关系时,只能以受害人出具的“存在因果关系”的鉴定结论为根据。我国司法机关对侵权责任法规定的因果关系推定规则进行消极抵制的原因,由此可见一斑。

基于上述司法实践情况,若在我国刑法学领域引进以刑事推定为认定方法的疫学因果关系理论,

① 吕忠梅、张忠民、熊晓青:《中国环境司法现状调查——以千份环境裁判文书为样本》,《法学》2011 年第 4 期。

② 参见吕忠梅、张忠民、熊晓青:《中国环境司法现状调查——以千份环境裁判文书为样本》,《法学》2011 年第 4 期。

③ 胡学军:《环境侵权中的因果关系及其证明问题评析》,《中国法学》2013 年第 5 期。

则将导致出现以下两个非常严重的问题:第一,疫学因果关系处罚上的便宜性无法实现。已如前述,疫学因果关系理论被主张引进的重要理由在于,其能够降低因果关系的判断标准,为国家刑罚权的发动提供便利,以此来解决公害犯罪处罚难的问题,但是,基于上述我国司法实践现状,将使得疫学因果关系理论在处罚上的便宜性无法实现。因为我国刑事法官的业务能力并不明显强于民事法官的业务能力,并且,法官在审理刑事案件时将采取比审理民事案件更为谨慎的态度,这种态度将使得刑事法官在定罪量刑时更加依赖第三方作出的鉴定结论。基于此,即便引进疫学因果关系理论,法官在定案时也仍然会尽量要求公诉方提供证明“存在因果关系”的鉴定结论。如果公诉方无法提供这样的鉴定结论,那么法官为了自保会作出无罪判决。由此可见,从我国的司法实践现状看,通过引进疫学因果关系理论解决公害犯罪处罚难问题的路径是行不通的。第二,严重威胁行为人的人权。前面已经指出,对于疫学因果关系理论基于行为引起结果的高度盖然性而做出的有罪推定,通常允许行为人提供证据予以推翻。疫学因果关系理论也正是基于这种推翻有罪推定的规则来缓和其与无罪推定原则、人权保障机能等的价值冲突。具体而言,基于法官过分依赖司法鉴定结论之现状,若想推翻依据疫学因果关系理论所做出的有罪推定,则行为人必须提供证明“不存在因果关系”的鉴定结论。然而,我国目前的环境科学鉴定机构较少,并且几乎没有鉴定机构愿意做证明“不存在因果关系”的鉴定。这便使得行为人无法向人民法院提供“不存在因果关系”的鉴定结论。因此,如果严格按照疫学因果关系理论做有罪推定,那么势必造成该有罪推定不可能被推翻的局面,从而极易导致出现认定公害犯罪案件事实的错误,进而提升错案、冤案发生的概率。

三、传统因果关系理论判断标准之坚持

基于主张引进疫学因果关系理论之观点的诸多不足,笔者认为,应当从维护刑法的人权保障机能和刑法的谦抑性等立场出发,坚持在我国的公害犯罪领域适用以“条件说”为基础的传统因果关系理论判断标准(包括条件关系与相当因果关系等)。在认定公害犯罪的因果关系时,应当采取与其他刑事案件相同的判断标准:运用科学的因果法则,证实实行行为与结果之间至少具有前者就没有后者的条件关系,在公诉方排除其他因素导致结果发生的可能性以后,才可以肯定实行行为与结果之间的因果关系。其具体理由详述如下。

(一)人权保障机能要求坚持传统因果关系理论判断标准

我国有民法学者指出,在民法领域设置因果关系推定规则的目的,是为了保护受害人。^①在民事公害案件中,受害人往往是公民个人,并且,其可能因为被侵权而身陷窘境,而加害人则通常是企业或多个人,与受害人相比,加害人往往具有人、财、物上的优势。考虑到民事受害人处于这种弱势地位,为了充分保护受害人的合法权益,赋予加害人更多的举证责任,当加害行为与侵权结果之间具有高度盖然性时,即推定二者之间存在因果关系可以说具有相当的合理性。

可是,在公害犯罪领域,处于相对弱势地位的大多不是被害人。虽然公害犯罪行为可能导致被害人患病甚至死亡,但是在刑事诉讼中,有公安机关和检察机关代表国家行使刑事追诉权。此时的行为人虽然在多数情况下仍是企业或者多个人,但是可能会被采取刑事强制措施,进而丧失收集证据的能力。即便律师可以为行为人收集证据并提供相关法律服务,但就我国目前的实际情况而言,律师收集证据的能力明显要弱于公安机关和检察机关收集证据的能力。正是着眼于行为人在刑事诉讼中处于

^① 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第440页。

这种弱势地位,为了保障行为人的人权,我国刑法规定了罪刑法定原则,我国刑事诉讼法规定了疑罪从无、无罪推定、不得强迫自证其罪等原则。如果在公害犯罪领域引进疫学因果关系理论,让行为人证明其行为与结果之间不存在因果关系(否则即根据高度盖然性推定其有罪),那么在程序法上加重了行为人的举证责任,在实体法上加大了行为人的入罪风险。如此,势必会使弱者(行为人)更弱,强者(公安机关、检察机关)更强,从而使对行为人的保障陷入极为不利的局面。为改变这种局面,我们不得不坚持以“条件说”为基础的传统因果关系理论的判断标准。这是凸显刑法的人权保障机能乃至法治思想的必然要求。

(二)刑法谦抑思想为坚持传统因果关系理论的判断标准提供了可能

正如我国有的学者所言:“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’理论对传统刑法学理论的侵入都不能动摇刑法谦抑主义。”^①笔者认为,基于刑法谦抑思想,在我国公害犯罪领域,只要加强刑法同其他部门法的通力配合,就可以有效降低公害犯罪高发的态势。因此,在我国公害犯罪领域适用以“条件说”为基础的传统因果关系理论的现状无须改变。

主张引进疫学因果关系理论,加大刑法对公害犯罪处罚力度的学者,无非想实现两个目标:一个是恢复或弥补被公害犯罪侵害的法益状态,另一个是有效预防公害犯罪。而这两个目标都可以通过(完善)其他部门法加以实现。

对于上述第一个目标,加大民事赔偿力度比引进疫学因果关系理论更直接。因为公害犯罪可能给被害人造成病痛或死亡的结果,进而会产生医疗费、丧葬费、扶养费,等等,这些费用无疑都需要行为人的经济赔偿来实现。因此,如果降低因果关系的判断标准,增加行为人的举证责任,提升行为人的入罪风险,那么可能增大行为人对赔偿的抵触情绪,反而不利于恢复或弥补被公害犯罪侵害的法益状态。若想更好地恢复或弥补被公害犯罪侵害的法益状态,则只需在坚持传统因果关系理论的基础上,加大民事赔偿力度即可,而无须引进疫学因果关系理论。

对于上述第二个目标,加强行政处罚力度,完善行政监管制度,从而实现行政法与刑法的有力配合,比引进疫学因果关系理论更有效。就个案而言,由于刑法往往是事后追究而非事前或事中介入,因此刑法预防犯罪的作用是有限的。笔者认为,我国公害犯罪行为屡禁不止的原因并非出在刑法上,而是出在行政监管不到位上。我国的行政监管体制存在“重审批,轻监管”的问题。^②在行政监管几乎缺位的情况下,即便刑法的处罚再严厉,也终将因为发现难而无法有效处罚公害犯罪行为。以生产、销售有毒、有害食品罪为例,由于作为侦查机关的公安机关不具有日常的监督和管理职权,因此即便行为人实施了刑法规定的生产、销售有毒、有害食品的行为,也因行政监管几乎缺位,导致公安机关无法发现,从而无法追究行为人的刑事责任。虽然我国刑法将该罪规定为抽象危险犯,但是在现实生活当中往往是某一种有毒、有害食品已经被生产或销售完毕并造成一定的实害结果,公安机关才因此发现生产、销售有毒、有害食品的行为,并启动刑事诉讼程序去追究行为人的刑事责任。这种“发现难”的现象往往会使准备或正在实施生产、销售有毒、有害食品行为的行为人产生不会被发现(即不会被定罪量刑)的侥幸心理。所以,面对抽象危险犯和最高法定刑是死刑的严厉震慑,行为人仍然会选择铤而走险,(继续)实施生产、销售有毒、有害食品的行为。这样就导致出现一种极不正常的现象:生产、销售有毒、有害食品的行为要么不被发现,要么被发现就是后果十分严重的“大事”。由此可见,想

① 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。

② 参见王克稳:《行政审批制度的改革与立法》,《政治与法律》2002年第2期。

有效预防生产、销售有毒、有害食品犯罪,与其进一步加大刑法的处罚力度,不如完善行政监管制度克服“发现难”的问题,进而使刑法与相关行政法律法规形成有效应对之合力。

基于举重以明轻的道理不难看出,我国行政监管体制“重审批,轻监管”的弊端,使得公害犯罪领域普遍存在“发现难”的问题,因此,为了实现有效预防犯罪的目的,与其引进疫学因果关系理论,降低公害犯罪因果关系的判断标准,加大刑法的处罚力度,不如在坚持传统因果关系理论的基础上完善行政监管制度更直接、有效。具体而言,由于公害行为往往是获得相关许可证或营业执照等(如开办工厂的营业执照、排污许可、食品经营许可等)并具有一定财力的人所为,因此,行政执法部门在日常监管过程中,若能及时发现公害隐患,有效采取罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照等行政处罚方法,则可防微杜渐,及时剥夺或者有效限制行为人的公害能力。此外,在日常监管工作中,行政执法部门在发现重大公害案件可能涉嫌犯罪时,若能及时向公安机关移送,则可解决公害犯罪发现难的问题,从而使得刑法在处罚和预防公害犯罪时及时、充分地发挥作用,以便达到有效预防公害犯罪之目的。

四、结论

刑法是一种迫不得已的恶,而刑法学则是一门在恶中求善的学问。这就要求,刑法学在寻求公害犯罪的有效应对措施时,不能急功近利,而要理性求善。通过研究,笔者认为,如下问题对引进疫学因果关系理论形成重大阻碍:(1)我国的刑事推定制度尚未健全,尤其是对于“是否允许推翻推定事实”“推翻推定事实的举证责任由谁承担”“推翻推定事实的证明标准是什么”等保障行为人诉讼权利的事项尚缺乏系统、明确的规定;(2)我国几乎不采用单行刑法的立法模式;(3)在我国的司法实践中不存在由于因果关系认定难而导致公害犯罪处罚难的现象;(4)我国法官的业务能力不足,在认定因果关系时,法官过于依赖由第三方作出的鉴定结论;(5)我国环境科学鉴定机构的数量有限,且几乎没有一家鉴定机构愿意做“不存在因果关系”的鉴定;(6)针对公害行为的行政监管制度几乎缺位,导致适用刑法处罚公害犯罪普遍存在“发现难”的问题,因而无法及时、充分地发挥刑法的作用。正由于存在这些问题,因此在我国刑法学中根本无须引进疫学因果关系理论。

责任编辑 田国宝