

预防性犯罪化的基本类型与立法边界

王良顺*

内容提要 既有研究将预防性犯罪化作为一个整体展开学理建构,制约了预防性犯罪化理论的发展和其对预防性犯罪化实践的指导作用。预防性犯罪化作为犯罪化的补充方式,可区分为直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化。直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化都具有报应根据和预防根据,但是两种根据在各自正当性中的地位存在差异。直接预防性犯罪化立法应当受到“为了保护重大超个人法益”“仅处罚严重侵害重大超个人法益的侵害犯不能有效保护法益安全”和“提前处罚危险行为具有预防法益侵害结果发生的功能”三项原则的限制。间接预防性犯罪化立法应当受到“为了保护重大超个人法益”“仅提前处罚危险行为不能有效预防法益侵害结果的发生”“早期危险行为具有促进严重侵害重大超个人法益的后续犯罪发生的严重危险”和“超前处罚早期危险行为具有阻止后续犯罪的功能”四项原则的限制。除坚持上述限制原则外,预防性犯罪化立法还应当具有实证基础。

关键词 预防性立法 直接预防性犯罪化 间接预防性犯罪化
重大超个人法益 立法限制
DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.03.011

目次

- 一、问题的提出
- 二、预防性犯罪化的两种类型
- 三、预防性犯罪化的正当性与局限性
- 四、预防性犯罪化立法的边界
- 五、结语

* 中南财经政法大学法学院教授。

一、问题的提出

20 世纪 70 年代以来,伴随着经济体制改革的持续深化和社会管理制度的不断改进,我国经济形态、生活方式和社会关系都发生了深刻的变化。而随着工业化进程的持续加速和科学技术的发展进步,社会风险明显增加,社会生活高度复杂化,我国快速进入风险社会。为了适应社会生活的深刻变化和回应民众显著增长的安全需求,我国刑事立法持续扩张,预防性犯罪化快速推进。

1979 年《刑法》的预防性犯罪化水平较低,除普遍处罚犯罪未完成形态外,还设立了少量的危险犯和个别的持有犯、煽动犯,如放火罪,决水罪,破坏交通工具罪,破坏交通设施罪,私藏枪支、弹药罪和反革命宣传、煽动罪等。1997 年《刑法》不仅保留了 1979 年《刑法》和此前的单行刑法设立的预防性犯罪,延续了处罚预备犯、未遂犯和中止犯的原则,而且增设了大量的预防性犯罪。增设的预防性犯罪既包括大量的抽象危险犯和具体危险犯,如暴力危及飞行安全罪,劫持船只、汽车罪、走私核材料罪,非法生产、销售专用间谍器材罪等,也包括多种持有犯、组建犯罪组织犯、资助犯和教唆型犯罪,如非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪,组织、领导、参加恐怖组织罪,组织、领导、参加黑社会性质组织罪,资助危害国家安全犯罪活动罪,煽动暴力抗拒法律实施罪等。在 1997 年《刑法》实施后的近 30 年内,全国人大常委会先后制定了 1 件单行刑法和 12 件刑法修正案,增设了 77 个新罪名,其中部分为预防性犯罪,如危险驾驶罪、准备实施恐怖活动罪、非法利用信息网络罪和帮助信息网络犯罪活动罪等。

当下,我国预防性犯罪化已经达到了较高水平,不仅普遍处罚犯罪未完成形态,而且预防性犯罪在罪名体系中的占比大,类型图谱完整,涵盖抽象危险犯、具体危险犯、累积犯、持有犯、资助犯、实质预备犯、帮助型犯罪和煽动犯等。高水平的预防性犯罪化立法,显著加深了刑法积极干预社会生活的程度,也提出了两个有待回答的重要理论课题。其一,预防性犯罪化的正当性问题。虽然预防性犯罪化处罚的危险行为造成了可能危害,但是却未造成实际危害,是否具有正当性,需要在理论上澄清。而且,伴随着预防性犯罪化立法的持续扩展,处罚对象由造成法益侵害危险的危险行为,如未遂犯和危险犯,扩展到包括以预备行为实行行为化和共犯行为正犯化为形式的早期危险行为,如准备实施恐怖活动罪和帮助信息网络犯罪活动罪。超前处罚早期危险行为是否具有正当性,在理论上存有激烈的争议,尚未形成基本的共识。其二,合理限制预防性犯罪化立法的问题。当下,预防性犯罪化已经成为世界范围内犯罪化的重要方式,我国刑法也增设了大量的预防性犯罪。伴随着社会生活复杂化程度在未来的进一步加深,预防性犯罪化仍将是立法者作出应对的重要方式,“未来进行必要的犯罪化,增设的罪名势必大量属于危险犯,或者是将共犯行为正犯化”⁽¹⁾。预防性犯罪化毕竟是一种补充性的犯罪化方式,其立法应

(1) 周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,载《法学研究》2016 年第 4 期,第 36 页。

当受到合理的限制。应当如何限制预防性犯罪化的立法,以及预防性犯罪应当分布在哪些犯罪类别上,是未来预防性犯罪化立法需要解决的重要问题。

二、预防性犯罪化的两种类型

要回答预防性犯罪化的正当性和预防性犯罪化立法的合理限制问题,首先需要追本溯源,具体分析预防性犯罪化的类型性及其次级类型,明确预防性犯罪化及其次级类型的体系性地位。

(一) 预防性犯罪化的类型性

一般认为,犯罪化是指将以往不是犯罪的行为,在立法上规定为犯罪或者在司法上认定为犯罪,而成为刑事制裁的对象。我国学界通常将犯罪化区分为立法上的犯罪化与司法上的犯罪化。⁽²⁾这一区分是以犯罪化的法律形式为视角,对维护立法上的犯罪化的主体地位和贯彻罪刑法定原则具有重要意义。其实,依据犯罪化的基础,犯罪化已经分化为报应性犯罪化与预防性犯罪化两种基本的犯罪化类型。所谓报应性犯罪化,是指将从前不是犯罪的造成法益侵害结果的危害行为,作为刑法上的犯罪予以刑事制裁,在立法上表现为处罚既遂的侵害犯。

在人类社会早期的结果责任时代,报应性犯罪化曾经是唯一的犯罪化方式。然而,“预防犯罪比惩罚犯罪更高明,这乃是一切优秀立法的主要目的”⁽³⁾。相对于惩罚犯罪来说,预防犯罪是更为积极、社会投入更少且更有效的法益保护方法。伴随着人类认识水平的提高和犯罪治理经验的积累,预防性犯罪化逐步发展为重要的犯罪化方式。关于什么是预防性犯罪化,在学界存有不同的看法。有学者提出了未完成形态说,认为“应运而生的预防性犯罪化是指将犯罪未完成阶段的未遂行为、尤其是预备行为进行犯罪化打击、甚至分则既遂化的刑法理论与实践”⁽⁴⁾。有学者提出了风险行为说,认为预防性犯罪化是指“立法者出于预防特殊风险或者犯罪的需要,通过刑法立法的方式将某种以往不是犯罪的风险行为作为犯罪处理的立法模式”⁽⁵⁾。有学者提出行为危险说,认为“所谓预防性犯罪化,是指具有预防性质的犯罪化,即为了避免法益实害结果的发生,国家立法机关将法益实害结果发生之前的、可能引发法益实害结果发生的行为危险予以犯罪化的刑法立法范式”⁽⁶⁾。

未完成形态说将预防性犯罪化界定为未遂犯、形式预备犯和实质预备犯之和,排除具体危险犯、抽象危险犯和持有犯等,显然不够周延。风险行为说提出预防性犯罪化的

(2) 参见张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,载《法学家》2008年第4期,第66页。

(3) [意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第102页。

(4) 郭旨龙:《预防性犯罪化的中国境域——以恐怖主义与网络犯罪的对照为视角》,载《法律科学》2017年第2期,第143页。

(5) 张永强:《预防性犯罪化及其限度研究》,中国社会科学出版社2020年版,第34页。

(6) 郑二威:《预防刑法的基本范畴厘清》,载《宁夏大学学报(人文社会科学版)》2023年第6期,第148页。

立法目的在于预防风险或者犯罪,揭示了预防性犯罪化的实质,但是,作为核心定义项的“风险行为”的内涵未被明确地界定,边界不清晰,且缺乏规范依据。行为危险说准确地揭示了预防性犯罪化的立法目的在于避免法益侵害结果,但是作为预防性犯罪化的处罚对象,“行为危险”是否包括“作为结果的危险”并不明确。笔者认为,预防性犯罪化与报应性犯罪化,是以行为造成了侵害危险还是侵害结果所作出的划分。预防性犯罪化,应当指将从前不是犯罪的、发生在法益侵害结果前的、有法益侵害危险的危险行为和早期危险行为,作为刑法上的犯罪予以刑事制裁,在立法上表现为处罚犯罪未完成形态和设立除侵害犯外的其他犯罪类型,如危险犯、持有犯、帮助型犯罪、资助犯和煽动犯等。这些犯罪都发生在侵害结果前,予以提早处罚,具有预防侵害结果发生的功能。对预防性犯罪化作此界定,可以涵括我国学界的共同认知,也与部分域外学者的认识不谋而合。例如,有学者指出,英国刑法中的犯罪分为“危害加可责性罪”“不完整罪”“以不完整罪定义的实质罪”“预备和不完整前罪”“持有犯”“组建犯罪组织犯”与“危险犯”共7种。后6种犯罪类型、形态都是以一定的方式,通过扩张“危害加可责性罪”模式而形成的,均属于预防性犯罪。⁽⁷⁾

立法者推行预防性犯罪化,处罚发生在法益侵害结果前的危险行为和早期危险行为,以预防法益侵害结果的发生为目的。关于预防性犯罪化的预防犯罪目的,有些学者从刑罚目的的视角作出解读,视预防性犯罪化为刑罚目的的实现方式之一。例如,有学者认为,敌人刑法是强预防性刑法,风险刑法为弱预防性刑法,“弱预防性刑法强调刑法以积极的姿态实现预防与控制犯罪的政策目标,呈现出‘防患于未然’的立法意图,是一种积极的一般预防倾向”⁽⁸⁾。还有学者提出,法益保护前置化主要采用了设立累积犯、实质预备犯等方式,“现代社会下的法益保护前置化的措施强调的正是这种积极的一般预防机能的实现”⁽⁹⁾。

然而,将预防性犯罪化的预防犯罪目的,定位为刑罚一般预防目的的表现形式,显然发生了体系性的错位。虽然“所有法律的总目的在于防止损害”⁽¹⁰⁾,但是预防犯罪目的在刑法的不同阶段有着不同的实现形式,预防性犯罪化的预防犯罪目的与刑罚运用阶段的预防犯罪目的,并非同一现象。传统刑法理论将预防犯罪目的的实现,局限于刑罚运用领域,通过刑罚的宣告、适用和执行,剥夺犯罪能力、威慑不稳定分子或矫正罪犯,或者通过唤醒和强化国民对法的忠诚、对法秩序的信赖,增强国民的规范意识,使之不能、不敢或者不想实施犯罪。运用刑罚预防犯罪,发生在罪后,即使刑罚目的转向积极的一般预防,也改变不了其以刑罚预防犯罪的性质。而预防性犯罪化则发生在立法阶段,通过制定刑法,将未造成危害结果的危险行为和早期危险行为上升为犯罪予以刑事处罚,以阻止法

(7) See Andrew Ashworth & Lucia Zedner, *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, New Criminal Law Review, Vol.15:542, p.544-546 (2012).

(8) 姜涛:《认真对待预防性刑法的限度:以类型划分为中心的考察》,载《社会科学》2023年第8期,第164页。

(9) 姚贝、王拓:《法益保护前置化问题研究》,载《中国刑事法杂志》2012年第1期,第29页。

(10) [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第224页。

益侵害结果的发生为目标。可见,预防性犯罪化的预防犯罪目的,与运用刑罚预防犯罪目的,不仅发生在刑法的不同阶段,而且实现的手段也大相径庭。

预防犯罪从来就是刑事政策的基本目标,需要在刑法的各个阶段全面地融入。实现刑事政策与刑法之间的体系性统一,“是犯罪论的任务,也同样是我们今天的法律体系在各个领域所共同面对的任务”⁽¹¹⁾。不仅要在刑罚运用阶段追求对犯罪的预防,而且在先前的犯罪化阶段、认定犯罪阶段也应当以预防犯罪为重要目的。在犯罪化阶段,在不危及法治原则的前提下,立法者在决定是否将某种行为予以犯罪化时,应当将预防法益侵害结果的发生作为重要的考量因素。犯罪化阶段的预防犯罪目的,早于刑罚运用阶段的预防犯罪目的,具有独立性。在人类进入风险社会和社会生活高度复杂化的当下,犯罪的刑事治理面临着严重困难,更应当充分发挥预防性犯罪化在预防犯罪目的上的引领作用,增强保护法益安全的有效性。

(二) 直接预防性犯罪化与间接预防性犯罪化的分立

既有研究将预防性犯罪化作为一个整体而展开学理建构。⁽¹²⁾应当承认,整体性研究有利于认识预防性犯罪化的共同本质,对于明确预防性犯罪化与报应性犯罪化之间的差别也具有积极意义。但是,整体性研究因为忽略了预防性犯罪化内部的类型差异,阻碍了对不同类型的预防性犯罪化展开深入的分析,制约了其理论发展和对实践的指导作用。对于预防性犯罪化,既要作整体性研究,更应当作类型性研究,共同推动预防性犯罪化理论的发展。

伴随着相关立法的逐步展开和范围扩大,预防性犯罪化已经分化成不同的次级类型。依据处罚对象,预防性犯罪化可以分为以造成法益侵害危险的危险行为为处罚对象的直接预防性犯罪化,与以促进后续犯罪发生的早期危险行为为处罚对象的间接预防性犯罪化。由此设立的犯罪可分别称为直接预防性犯罪与间接预防性犯罪。直接预防性犯罪化处罚的危险行为,既包括以法益侵害危险为处罚根据的犯罪未完成形态,也包括以造成法益侵害危险为既遂标志的犯罪类型,在立法上分别表现为处罚未遂犯和中止犯,与设立具体危险犯、抽象危险犯和累积犯。无论是处罚犯罪未完成形态还是设立具体危险犯、抽象危险犯和累积犯,都明显地扩大了犯罪圈,具有不容置疑的犯罪化意义。直接预防性犯罪化是一种古老的立法现象。处罚未遂犯和抽象危险犯在古代、近代刑法中都有过大量的立法例。如,唐律中“烧官府私家舍宅”条规定,“诸故烧官府廨舍及私家舍宅若财物者,徒三年”⁽¹³⁾。在唐代,只要放火焚烧公共或者私人的房屋,即使未造成房屋或者财物的毁损,也要处以三年徒刑。

间接预防性犯罪化的立法演进则有所不同。虽然间接预防性犯罪化的个别类型,如我国古代刑法中的“谋”,很早就存在于立法中,但是总体上主要发端于20世纪中期。这是因为,该时期许多国家的经济不平等现象严重,地缘政治冲突和意识形态冲突加剧,

(11) [德] 克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第16页。

(12) 参见王志祥、张圆国:《预防性犯罪化立法:路径、功能、弊端与完善》,载《河北法学》2021年第1期,第57页。

(13) 《唐律疏议》,岳纯之点校,上海古籍出版社2013年版,第435页。

犯罪的高技术性和跨国性日趋明显,社会危害显著加重,致使犯罪治理面临极为严重的困难,需要刑罚更积极、更早期地干预社会生活。间接预防性犯罪化以处罚形式预备犯、预备行为实行行为化和共犯行为正犯化为基本方式,更大范围地扩大了犯罪圈。其中,预备行为实行行为化和共犯行为正犯化表现为设立实质预备犯、帮助型犯罪、资助犯、持有犯、教唆型犯罪和煽动犯等多种独立的犯罪类型。间接预防性犯罪化的处罚对象,比直接预防性犯罪化处于更早的犯罪阶段,为早期危险行为。预备行为和教唆行为原本就只能发生在实行行为和正犯行为前,即使是帮助行为,实际上也常发生于正犯行为前。在间接预防性犯罪化的场合,虽然有少量的帮助行为发生在后续犯罪的实行阶段,但是限于后续犯罪的实行行为完毕前,也属于早期危险行为。后续犯罪的实行行为完毕后的事后帮助,不具有促进后续犯罪发生的作用,在立法上不会被间接预防性犯罪化,不在早期危险行为之列。

在间接预防性犯罪化的场合,“立法机关为了防止主要危害会创设两个独立的罪名”⁽¹⁴⁾,形成间接预防性犯罪与后续犯罪两种性质不同但紧密相连的犯罪。间接预防性犯罪的实行阶段与后续犯罪的预备阶段实际上是重合的,通过该重合,两种犯罪的犯罪阶段连接在一起,形成了一个加长的组合性犯罪过程。以恐怖犯罪为例,为制造恐怖气氛,甲依约购买枪支后,交给乙,乙实施了恐怖犯罪(暗杀)。在该案中,甲实施准备恐怖活动的实行阶段也是乙实施恐怖犯罪的预备阶段,两个犯罪行为的犯罪阶段连成一体,形成了由准备恐怖活动罪的预备阶段→准备恐怖活动罪的实行阶段(恐怖犯罪的预备阶段)→恐怖犯罪的实行阶段所组成的犯罪过程。据此,间接预防性犯罪化处罚的早期危险行为,通过促进后续犯罪的实施而造成危害结果,与危害结果的因果关系是间接性的,与直接预防性犯罪化处罚的危险行为与危害结果之间的直接因果关系有所不同。

直接预防性犯罪化与间接预防性犯罪化的规范价值存在明显的分化。一方面,两者提供的法益保护的性质不同。直接预防性犯罪化将处罚时点提前到法益侵害危险,比报应性犯罪化早,所提供的法益保护为提前保护。而间接预防性犯罪化,处罚形式预备犯,或者将实行行为前的预备行为或者正犯行为前的教唆、帮助行为予以定型性处罚,处罚时点比直接预防性犯罪化更早,所提供的法益保护为超前保护。另一方面,两者的预防目的不同。直接预防性犯罪化以预防法益侵害结果为目的,而间接预防性犯罪化则以预防后续犯罪为直接目的,以预防法益侵害结果为间接目的。

(三) 不同犯罪化方式的体系性地位

虽然犯罪化方式的多样化很早就存在,但是学界尚未对不同犯罪化方式的体系性地位作过具体的分析,在一定程度上制约了对预防性犯罪化立法的合理限制。为合理限制预防性犯罪化立法,需要明确不同犯罪化方式在犯罪化体系中的地位。

报应性犯罪化为犯罪化的基本方式。一方面,报应性犯罪化充分体现了报应正义。报应性犯罪化以造成法益侵害结果的危害行为为处罚对象,具有完整的行为不法和结果

(14) Dennis J. Baker, *The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms*, New Criminal Law Review, Vol.10:370, p.374 (2007).

不法,予以刑罚处罚是对罪行恶害的等值报应,具有足够的道德合法性。另一方面,刑法保护法益以报应性犯罪化为基本手段。刑法保护法益安全,以处罚造成法益侵害结果的危害行为为必要条件,不可能绕开报应性犯罪化。如果权益遭受了侵害,而刑法却不处罚造成侵害结果的侵害行为,则表明该权益不在刑法的保护范围内。一般来说,报应性犯罪化为大部分法益提供的保护是有效且充分的,如对个人法益和一般性的超个人法益的保护。以个人法益为例,报应性犯罪化通过在立法上宣告侵犯个人法益的行为类型为犯罪及其应处的刑罚,在司法上对造成危害结果的犯罪人判处和执行刑罚,充分发挥刑罚的剥夺、威慑和改造功能,通常足以抑制不稳定分子或者罪犯的犯罪动机,使之不至于实施或者再次实施犯罪行为。

预防性犯罪化为犯罪化的补充方式。对于某些重大超个人法益来说,报应性犯罪化提供的刑法保护不够有效,需要以预防性犯罪化作补充。报应性犯罪化不能有效保护部分重大超个人法益的情形至少有两种:其一,无力阻止部分法益侵害结果的发生。有些犯罪类型瞬间实行终了,实行行为与侵害危险、侵害结果紧密相接,几乎没有间隔。以爆炸罪为例。只要行为人实施了爆炸行为,人员伤亡或者财产损失的结果通常会立即出现。在报应性犯罪化的条件下,只能在爆炸行为造成人员伤亡或者财产损失时才处罚行为人,既起不到预防人员伤亡或者财产损失的作用,也无法防止该后果的扩大。其二,不能作用于犯罪行为背后的意识形态。极端意识形态是恐怖犯罪的社会心理根源,恐怖活动组织成员通常是出于某种极端政治、宗教或者意识形态目的而实施恐怖活动。在报应性犯罪化的条件下,只能处罚实施恐怖犯罪行为且造成法益侵害结果的行为人,作为其精神支柱的意识形态并不会因为恐怖犯罪行为受到处罚而消失,严厉打击过后依然可能卷土重来,甚至变本加厉。因此,对于某些重大超个人法益,报应性犯罪化提供的保护过于迟缓,有必要采用预防性犯罪化作为补充。

在预防性犯罪化中,直接预防性犯罪化作为主要的预防性犯罪化,占比较大,而间接预防性犯罪化作为次要的预防性犯罪化,占比较小。许多国家刑法中的间接预防性犯罪仅有数十种,如《德国刑法典》设立了28种间接预防性犯罪,⁽¹⁵⁾《法国刑法典》设立了53种间接预防性犯罪。⁽¹⁶⁾我国刑法也增设了36种间接预防性犯罪,与外国刑法大体相当。

报应性犯罪化与直接预防性犯罪化、间接预防性犯罪化相结合,共同实现对法益安全的保护。首先,预防性犯罪化以报应性犯罪化为前提。只有在某行为类型被报应性犯罪化而设立为侵害犯,仍不足以有效保护重大法益安全的条件下,才有必要采用预防性犯罪化作补充。而如果侵害某权益的行为尚未被报应性犯罪化,则显然不需要采用预防性犯罪化。其次,直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化递进地补充报应性犯罪化。在报应性犯罪化不足以有效保护某些重大超个人法益的场合,立法者会优先采用直接预防性犯罪化作补充,为法益安全提供提前保护。如果采用了直接预防性犯罪化作补充,仍

(15) 如叛乱行为的预备罪,参见徐久生译:《德国刑法典》,北京大学出版社2019年版,第75页。

(16) 如对种族灭绝罪的教唆,参见朱琳译:《最新法国刑法典》,法律出版社2016年版,第61页。

不足以有效保护某些重大超个人法益,或者对某些侵害重大超个人法益的犯罪不宜采用直接预防性犯罪化,立法者才会采用间接预防性犯罪化,为法益安全提供超前保护。报应性犯罪化与直接预防性犯罪化、间接预防性犯罪化前后相接,双重补充,三层威慑,共同编织起保护法益安全的严密法网。

三、预防性犯罪化的正当性与局限性

(一) 犯罪化的根据

犯罪化直接关系到国民的自由、国家刑罚权范围和法治原则,具有深刻的伦理内涵和社会政治意义。符合何种条件予以犯罪化才具有正当性,很早以前就受到思想家的高度关注。受不同法律文化和法律实践的影响,犯罪化根据有着不同的理论形式,以英美法系国家的危害原则、大陆法系国家的法益保护原则和中国、苏联的社会危害性原则最有代表性。英美法系国家的危害原则,既来自对英国普通法传统的经验归纳,也与思想家的理性思辨密不可分。英国著名政治哲学家密尔明确提出,危害原则是犯罪化以及确定干涉公民自由的立法的唯一有效原则。“人类之所以有理有权可以各别地或者集体地对其中任何社会分子的行为自由进行干涉,唯一目的只是自我防卫。这就是说,对于文明群体中的任一成员,所以能够施用一种权力以反其意志而不失为正当,唯一的目的是要防止对他人的危害。”⁽¹⁷⁾密尔将危害原则定位为消极的犯罪化根据,确立了不危害他人的行为不应当被犯罪化的准则,对其赋予了自由保障功能。美国著名法哲学家范伯格则揭示了危害原则的积极意义,认为危害原则将“有效地防止(消除、减少)对行为人(实施禁止行动的那个人)之外的其他人的损害”⁽¹⁸⁾。危害原则作为犯罪化根据的地位的确立,明确了除非对他人造成危害,国家无权干预民众的行为,为国家刑罚权的范围划出了基本的界限。

法益侵害说经历了比恩鲍姆、宾丁、李斯特、威尔泽尔和哈赛默等众多学者的提出、倡导和发展,⁽¹⁹⁾已成为大陆法系国家关于违法性本质的主流学说,相应地,法益保护原则也成为犯罪化的基本根据。法益保护原则的主旨在于,除非行为造成法益侵害或者危险,否则不应当予以犯罪化,该原则也具有保障公民自由的功能。时至今日,虽然关于法益概念的规范依据和限制功能在大陆法系国家学界还存有激烈的理论争议,但是,法益保护原则作为犯罪化基本根据的地位依旧稳固。在中国和苏联刑法学界,传统观点认为,社会危害性是犯罪的本质特征,只有严重危害社会的行为才能被犯罪化。“首先由于行为具有严重的社会危害性,然后才将这种行为在刑法上规定为犯罪……”⁽²⁰⁾但是,由于偏

(17) [英] 约翰·密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆 1982 年版,第 10 页。

(18) [美] 乔尔·范伯格:《刑法的道德界限》(第 1 卷),方泉译,商务印书馆 2013 年版,第 28 页。

(19) 参见 [日] 伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 25、68、182、326 页。

(20) 马克昌主编:《犯罪通论》(第 3 版),武汉大学出版社 1999 年版,第 25 页。

重社会本位的价值取向,且在对法治精神贯彻上有所不足,社会危害性原则受到了许多学者的质疑和批评,理论影响力显著减小。

虽然危害原则、法益保护原则和社会危害性原则的基本范畴(“危害”“他人”“法益”“社会”和“危害性”等)存在差异,原则的内涵也有重大差别,但三种原则有着相同的内核,即都认为只有造成危害的行为才能被犯罪化,无危害的行为不应当受到刑罚处罚。这为分析预防性犯罪化是否具有正当性提供了基本依据。基于行文的便利,笔者主要从危害原则的角度作分析。

(二) 直接预防性犯罪化的正当性与局限性

1. 直接预防性犯罪化具有报应根据和预防根据

直接预防性犯罪化在理论上得到了学界的普遍支持,在实践上早就成为世界各国刑法犯罪化的重要方式。长期以来,我国学界普遍支持直接预防性犯罪化,既正面看待对未遂犯和中止犯的处罚,也不反对设置具体危险犯、抽象危险犯和累积犯。即使有些学者批评或者质疑抽象危险犯立法的扩张,要求限制抽象危险犯的犯罪化范围,⁽²¹⁾也是以支持抽象危险犯的立法为前提的,并非否定直接预防性犯罪化。

直接预防性犯罪化是否符合危害原则,关键在于如何理解对他人的危害。依据危害原则,对他人的危害既包括对他人的实际危害,也包括对他人的可能危害。密尔认为,危害他人是指“对他人利益的伤害或者可能伤害”⁽²²⁾。范伯格也认为,危害包括实际危害和可能危害,明确指出“国家可以合法地禁止那些造成严重个人危害,或引起此类危害的不合理风险,或者对重要的公共机构、单位造成损害的行为”⁽²³⁾。直接预防性犯罪化处罚的危险行为,虽然未造成实际危害,但造成了可能危害,因而符合危害原则。而且,为了保护法益的安全,不仅造成实际危害的危害行为应当被犯罪化,而且造成可能危害的危险行为也值得被犯罪化。一方面,危险行为造成的可能危害与实际危害之间仅一步之遥,对法益安全构成了严重的威胁。另一方面,实际危害是犯罪人内心追求的目标,有时之所以未发生,只是因为行为人的认识错误或者客观环境因素的意外变化,具有极大的偶然性,因而有必要禁止造成可能危害的危险行为。

直接预防性犯罪化处罚的危险行为虽然没有造成实际侵害,但是与报应性犯罪化处罚的实害行为一样,都是以实施了实行行为为基础。而且,危险行为造成了可能危害,对法益安全构成直接威胁。直接预防性犯罪化基于恶有恶报、善有善报的正义观念,对直接威胁法益安全的危险行为施加刑罚予以报应,符合报应正义。不过,危险行为未造成实际侵害,结果不法程度显著减轻,报应正义提供的道德合法性不够充分,而预防正义为之补足了正当性。这是因为,法的正义性具有多个不同侧面,既来自报应正义,也来自预防正义。“对于功利主义或后果主义(目的论伦理学)而言,所有人的最大利益,或者更

(21) 参见苏彩霞:《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》,载《法商研究》2011年第4期,第32页。

(22) 前注,约翰·密尔书,第102页。

(23) 前注,乔尔·范伯格书,第11页。

一般性地说,某个行动或规整的最佳后果在伦理上具有决定性。”⁽²⁴⁾ 直接预防性犯罪化将处罚时点提前到造成法益侵害危险,威慑不稳定分子使之不敢造成法益侵害危险,具有阻止法益侵害结果的作用,保护了社会整体利益,符合预防正义。因此,直接预防性犯罪化具有报应和预防的双重根据。需要指出的是,在直接预防性犯罪化的双重根据中,报应根据为基本根据,预防根据为补充根据。危险行为的行为不法与报应性犯罪化处罚的实害行为相同,且造成了法益侵害的紧迫危险,具有一定程度的结果不法,报应正义为直接预防性犯罪化提供了主要的正当性。而直接预防性犯罪化具有预防法益侵害结果发生的功能,预防正义补充了其在正当性上的不足部分。

2. 直接预防性犯罪化的局限性

犯罪化不仅意味着某些行为类型要受到刑法的禁止,具有保护法益安全的功能,而且意味着要投入相应的刑罚资源,付出刑罚成本,以限制公民的自由为代价。刑罚成本包括国家的刑罚成本与社会的刑罚成本两个不同的部分。所谓国家的刑罚成本是指国家制刑、求刑与行刑过程中所耗费的资源,而社会的刑罚成本则是适用刑罚对犯罪人及其家属与社会所带来的消极影响。由于社会资源是有限且珍贵的,犯罪化应当受到限制。而且,犯罪化对刑罚资源的投入,还意味着要牺牲公民的自由,与刑法的自由保障机能相冲突。因此,某种行为的犯罪化是否符合危害原则,应当作综合分析,既要考虑行为造成危害的严重性和可能性,也要考虑行为的社会价值以及犯罪化对公民自由的限制等。该综合性的危害分析方法在外国刑法理论中被称为标准危害分析方法,受到了广泛的推崇。对直接预防性犯罪化的分析也应当运用该分析方法。

直接预防性犯罪化的局限性明显。首先,直接预防性犯罪化处罚的危险行为的不法和责任程度,显著低于报应性犯罪化处罚的侵害犯,却与侵害犯一样要受刑罚的处罚,区别只在于处罚的严厉程度有所降低,消耗的刑罚成本却差别不大。其次,直接预防性犯罪化的规范确证效力受到限制。“在刑罚中总是涉及对破坏规范作出反应,总是通过该反应显示应该坚持被破坏的规范”⁽²⁵⁾,直接预防性犯罪化处罚未造成实际危害的危险行为,对规范的破坏程度减轻,不能在实际危害与道德谴责、规范效力之间建立起必然的联系,所起到的规范确证效力作用不充分。最后,直接预防性犯罪化对法益侵害结果的预防,具有一定程度的不确定性。直接预防性犯罪化将处罚时点提前到法益侵害危险,多数行为人会因为受到强大的心理威慑而在法益侵害危险前停顿下来,避免实际危害的发生。但是,也应当承认,受人格因素和知法程度不同的影响,有些行为人并不会因为处罚时点被提前,就在危险前停顿下来,而是仍会将犯罪行为实施到底,造成实际危害,此时直接预防性犯罪化起不到预防法益侵害结果的作用。基于此,在标准危害分析下,消耗相同刑罚成本的直接预防性犯罪化的犯罪治理收益要低于报应性犯罪化。

(24) [德] 迪特玛尔·冯·德尔·普佛尔滕:《法哲学导论》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第150页。

(25) [德] 京特·雅科布斯:《刑法总论:基础》,冯军译,中国法治出版社2025年版,第14页。

（三）间接预防性犯罪化的正当性与局限性

1. 间接预防性犯罪化的理论争议

间接预防性犯罪化的正当性问题,比直接预防性犯罪化的正当性问题更为复杂。这是因为间接预防性犯罪化所处罚的早期危险行为造成的危害为间接性的可能危害。作为早期危险行为,预备行为和共犯行为创设了独立的危险源,通过促进后续犯罪的发生而造成最终危害的发生。这种间接性的可能危害,在英美刑法理论中被称为“远程危害”。间接性的可能危害具有两个基本特点:一方面,它与最终危害之间,间隔多个犯罪阶段,两者之间的距离远。而作为间接预防性犯罪化归责的重要基础,最终危害是立法上假定的,⁽²⁶⁾也有可能不发生。另一方面,早期危险行为须在自己或者他人实施的后续犯罪的介入下,才能共同造成最终危害的发生。“它们倾向于导致最终危害,而这种危害是在某人的自主、中介选择介入下产生的。”⁽²⁷⁾以帮助信息网络犯罪活动罪为例,在帮助者向利用信息网络实施犯罪的他人提供技术帮助后,得到帮助的他人随后实施信息网络犯罪,侵害了网络安全。在此类案件中,网络安全的最终危害是由帮助行为与后续犯罪共同造成的。

间接预防性犯罪化以假定的最终危害作为对早期危险行为予以客观归责的重要基础,这与传统上对行为人自己造成危害结果进行客观归责,有着明显的不同。对于间接预防性犯罪化是否符合危害原则,传统理论未有涉及,但近期出现了激烈的理论争议。有学者持否定的立场,反对间接预防性犯罪化。在英美国家刑法中,预备行为在原则上是不受刑罚处罚的,间接预防性犯罪化的理论争议主要是围绕着预备行为的犯罪化而展开的。有学者提出缺乏侵害风险说,反对预备行为的犯罪化,认为“只有那些释放出合理风险的行为才是应受谴责的,而意图以及由意图构成的未完成未遂则不是”;在“重大步骤”前的“单纯的准备”未威胁他人,更不应当受到处罚,而应当采取如自卫和预防性拘留等预防性自由限制措施加以预防。⁽²⁸⁾还有学者提出威胁不足说,认为预先干预的权力和保护公众利益与预备行为犯罪化之间不存在必然联系;大多数预备行为对法律保护的利益所造成的威胁程度低,不足以将预备行为犯罪化。⁽²⁹⁾但是,也有学者持肯定的立场,支持间接预防性犯罪化。在美国,有学者提出犯罪意图表达说,认为责任的核心就在于犯罪意图,法律可以惩罚“选择形成实施犯罪计划的意图”,只要形成了犯罪意图,就意味着行为人已经作出了无视法律的选择,应当予以处罚。⁽³⁰⁾在中国,有些学者持法益侵害危险说,认为实质预备犯可罚的正当性在于预备行为“明显创设了针对重大法益的

(26) See A P Simester & Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing Ltd, 2011, p.63.

(27) *Id.*, 79.

(28) See Larry Alexander & Kimberly Kessler Ferzan, *Danger: The Ethics of Preemptive Action*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol.9:637, p.644, 646, 660 (2012).

(29) See Daniel Ohana, *Responding to Acts Preparatory to the Commission of a Crime: Criminalization or Prevention?*, *Criminal Justice Ethics*, Vol.25:23, p.23-24 (2006).

(30) See Alec Walen, *Criminalizing Statements of Terrorist Intent: How to Understand the Law Governing Terrorist Threats, and Why It Should Be Used Instead of Long-Term Preventive Detention*, *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol.101:803, p.836, 839 (2011).

不容许的危险”⁽³¹⁾；“预备行为本身已经对重大法益构成了侵害或造成了紧迫危险”⁽³²⁾。

否定说以早期危险行为未释放出不合理风险为理由,反对间接预防性犯罪化,但其理由不够充分。该观点将可能危害界定为超出单纯的准备的未遂行为所释放出的不合理风险,将间接性的可能危害排除在外,不当地缩小了可能危害的外延。虽然预备行为造成的间接性的可能危害大多较为缓和,但是也不能否定有些间接性的可能危害属于不合理风险,对法益安全构成了重大威胁。而且,如果一概不处罚造成间接性的可能危害的早期危险行为,不更早地消除威胁法益安全的重大危险源,就无法有效地保护特定场合下的重大超个人法益的安全。肯定说有利于保护重大超个人法益的安全,应当给予肯定,但是也存在着说理不透彻的问题。一方面,它不具体界定可能危害,不区分预备行为制造的间接性的可能危害与实行行为制造的直接性的可能危害,认为只要表达犯罪意图或者实施了预备行为,就等同于制造了值得处罚的法益侵害危险,显然有些武断。另一方面,肯定说未对间接预防性犯罪化的预防犯罪功能和局限性作具体分析,有失片面,说服力不强。

2. 间接预防性犯罪化具有报应根据和预防根据

应当承认,间接预防性犯罪化处罚的早期危险行为,未造成直接性的可能危害。然而,行为未造成直接性的可能危害,并不意味着其犯罪化就必然背离危害原则。危害原则中的可能危害是指危害的可能性或者盖然性,既包括直接性的可能危害,也应当包括间接性的可能危害,因为某些间接性的可能危害对法益安全具有严重威胁。从前,危害原则之所以未涉及间接性的可能危害,是因为当时社会生活复杂化程度不高,间接性的可能危害对法益安全构成的威胁不够严重。但是,在人类进入风险社会和社会生活高度复杂化的当下,有些间接性的可能危害对法益安全带来的威胁显著加重,应当被视为可能危害的表现形式。自20世纪中期以来,恐怖主义犯罪、有组织犯罪和计算机网络犯罪的社会危害严重,且全球化趋势明显,治理难度大。实践经验证明,要惩治和预防此类严重犯罪,仅靠实行报应性犯罪化和直接预防性犯罪化,仅处罚造成实际危害的危害行为和造成直接性的可能危害的危险行为,不足以有效地保护某些重大法益的安全。“因此,我们有必要去呼吁,在不限自由法治、甚至可以在不背弃最基本的自由法治的本质特征的前提下,对刑法‘监督机器’进行必要的革新。”⁽³³⁾立法者顺应犯罪情势的重大变化,可以将间接性的可能危害视为可能危害的新的表现形式,超前惩罚造成间接性的可能危害的某些早期危险行为。晚近以来,在理论上对危险作广泛的解释一直存在,这正是与时俱进丰富和发展危害原则内涵的重要表现。

(31) 熊亚文:《实质预备犯立法的法教义学审视》,载江溯主编:《刑事法评论》(第43卷),北京大学出版社2020年版,第207页。

(32) 高丽丽:《准备实施恐怖活动罪——以预备行为实行行为化为视角的宏观解构》,载《法学论坛》2018年第2期,第154页。

(33) [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《安全刑法:风险社会的刑法危险》,刘国良编译,载《马克思主义与现实》2005年第3期,第38页。

早期危险行为制造了间接性的可能危害,具有刑事不法。一方面,早期危险行为,无论是预备行为还是共犯行为,都促进了后续犯罪的发生,制造了侵害重大法益的危险源。另一方面,早期危险行为规范性地参与了最终危害的因果进程。规范性地参与,意味着“最初的行为者通过自己的行为,在某种意义上肯定或支持了最终危害者的随后的犯罪选择”⁽³⁴⁾。行为人决意实施早期危险行为,通过促进后续犯罪的实施而造成最终危害,对最终危害的发生具有一定贡献。因此,间接预防性犯罪化符合危害原则,具有报应根据。

毋庸讳言,由于早期危险行为造成的间接性的可能危害,离最终危害距离较远,以及最终危害是立法假定的,间接预防性犯罪化具有的报应根据所提供的道德合法性不够充分,比直接预防性犯罪化更薄弱。但是,犯罪化是否具有正当性,除考虑报应根据外,是否具有预防根据也具有重要意义。“虽然仅凭预防作用不足以证成惩罚,但预防作用在很大程度上——无论其强度如何——是一个不可放弃、必要的惩罚条件。”⁽³⁵⁾ 间接预防性犯罪化超前处罚早期危险行为,切断早期危险行为与后续犯罪之间的因果流程,通过阻止后续犯罪而间接地预防法益侵害结果的发生,具有预防犯罪功能,将促进社会整体利益的增长,符合预防正义,为其补足了正当性。在间接预防性犯罪化的报应和预防的双重正当性根据中,预防根据占据着更重要的地位。

3. 间接预防性犯罪化的局限性

间接预防性犯罪化的局限性十分明显。首先,间接预防性犯罪化预防犯罪效果的确定性低。在行为人实施了早期危险行为后,后续犯罪是否会实施以及法益侵害结果是否发生,存在着许多变数。如果预设的后续犯罪由他人实施,他人是否会实施后续犯罪以及实施哪种后续犯罪,是早期危险行为人所不能控制的。如果后续犯罪仍由早期危险行为人实施,他也有可能在中途改变犯罪意图,放弃实施后续犯罪。因此,法益侵害结果是否发生,并不完全取决于是否超前处罚早期危险行为;即使不超前处罚早期危险行为,法益侵害结果也有可能不发生。其次,间接预防性犯罪化抑制民众的日常活动和业务行为。间接预防性犯罪化禁止的预备行为和帮助行为,与民众的日常活动和业务行为在外观上常常难以区分。为了避免触法陷罪,普通人大多会有意回避相近似的日常活动和业务行为。因此,间接预防性犯罪化的禁止效应有明显外溢的倾向,有可能导致国民的行动自由萎缩,对民众的日常生活和经济发展产生不利影响。

四、预防性犯罪化立法的边界

(一) 应当对预防性犯罪化立法作分类限制

1. 预防性犯罪化应当作立法限制

关于应当如何限制预防性犯罪化,在学界存有不同的看法。多数学者认为,为避免

(34) Dennis J. Baker, *supra* note 14, 382.

(35) [德] 诺伯特·霍斯特:《何以刑罚?》,王芳凯译,北京大学出版社2023年版,第109页。

预防性犯罪化的过度扩张,应当作立法限制。⁽³⁶⁾但是,也有些学者认为,对于预防性犯罪化立法的过度扩张,可以作司法限缩。例如,有学者提出,对于预防性犯罪化立法的扩张,应当在立法论上进行客观、深刻的理解与中肯的批评,在解释论上发挥刑法教义学的限制功能,对预防起点可能过于前置的条文之适用范围进行限缩。⁽³⁷⁾还有学者认为,刑法的裁判规范与行为规范在一定限度内存在分离,提出“面向一般人提供命令和禁止的行为指南的积极的刑事立法中所隐含的侵犯公民自由的危险,可以通过司法解释在个案裁判阶段为司法人员提供裁判规则,约束、指导其司法活动的方式加以消除”⁽³⁸⁾。

应当承认,对预防性犯罪化立法的扩张作司法限缩,具有限制其过度扩张的积极作用,但是也不能否认,在许多情况下难以达成合理限制的目标。这是因为,受法律用语语义和体系逻辑的限制,有些罪刑规范没有作限制解释的空间,有些罪刑规范虽然可作限制解释,但是限缩效果有限。因此,限制预防性犯罪化的过度扩张,应当立足于立法。在理论上建构预防性犯罪化立法的限制原则,明确预防性犯罪化的标准和范围,可以为预防性犯罪化立法提供知识论上值得参考的理论指导,推动立法增强实践理性,主动设限,促进法律规定科学合理,从而在源头上避免过度扩张。

2. 应当对直接预防性犯罪化与间接预防性犯罪化的立法作差异性限制

对于应当如何限制预防性犯罪化立法,在学界存有不同的认识。有学者提出法益侵害危险预防机制说,认为应当建立宪法框架下的法益侵害危险预防机制,对预防性犯罪化进行立法控制。法益侵害危险预防机制由三个层面的措施组成:其一,明确危险预防的宪法定位。即区分警察法与司法法,明确危险预防是国家行政职责,预防刑法只能是国家应对特定法益侵害危险时例外采用的立法技术。其二,坚持比例原则与谦抑性原则。其三,将法益侵害危险作为预防的限度,预防刑法条款除应当具备犯罪化的一般条件外,还必须具有“重大的”法益侵害危险。⁽³⁹⁾应当认为,法益侵害危险预防机制说提出的多项原则,对于限制预防性犯罪化具有积极意义。然而,也应当承认,该观点的针对性不足,且可行性存疑。针对性不足表现为,“坚持比例原则与谦抑性原则”为犯罪化的共同性原则,既适用于预防性犯罪化,也适用于报应性犯罪化。这忽略了预防性犯罪化的类型差异,有以普遍性代替特殊性之嫌,难免失之空泛。而可行性存疑则表现为“明确危险预防的宪法定位”,预防刑法为“例外采用的立法技术”,与宪法的根本法地位不一致。“宪法规范通常只涉及刑法领域的几个要点”⁽⁴⁰⁾,在宪法中不太可能对法益侵害危险预防这种具体性职能作明确规定。事实上,在各国宪法中也不见有这样的条款。

“不考虑任何差别的严厉手段,会使惩罚毫无效果……”⁽⁴¹⁾直接预防性犯罪化和间接

(36) 参见前注,王志祥、张圆国文,第58页。

(37) 参见梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,载《法学研究》2017年第1期,第52页。

(38) 黎宏:《预防刑法观的问题及其克服》,载《南大法学》2020年第4期,第17页。

(39) 参见何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,载《法学研究》2017年第4期,第149-152页。

(40) [德]塔特雅娜·赫恩勒:《犯罪化理论》,周遵友译,载郭春镇主编:《厦门大学法律评论》(总第34辑),厦门大学出版社2022年版,第216页。

(41) 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第245页。

预防性犯罪化之间的重大差异,决定了两者不应当受到同样的限制。基于类型思维,应当依据直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化的体系性地位、正当性和局限性,以不同的限制原则作出差异性限制,分别划定各自的边界。首先,对直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化的立法限制,应当以两者在犯罪化体系中的地位为基本依据。预防性犯罪化作为报应性犯罪化的补充方式,以报应性犯罪化不能实现法益安全的有效保护为前提。而直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化在其中又分别处于主、次地位,决定了前者的立法优先性应当高于后者。其次,对直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化的立法限制,应当充分考虑两者的正当性根据。虽然两者都具有报应根据和预防根据,但两种根据的地位并不相同。直接预防性犯罪化的根据更充分,应当优先适用。最后,直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化的立法还应当考虑两者各自的局限性。两者预防犯罪效果的不确定性和消极作用不同,使得各自的立法价值和可适用的犯罪类型也有所差异。这也是限制直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化立法应当考虑的重要因素。

(二) 直接预防性犯罪化立法的边界

1. 直接预防性犯罪化立法的限制原则

基于直接预防性犯罪化的体系性地位、正当性根据和局限性,其立法边界应当受到以下三个原则的严格限制。

其一,为了保护重大超个人法益。多数学者赞同从保护法益上限制预防性犯罪化立法,而应当如何限制则存在着不同的看法。有学者认为,预防性犯罪化或者预防刑法只能适用于保护“超个人法益”的场合。⁽⁴²⁾有学者则强调“法益的关联性”,认为预防性犯罪化的行为应当与实害行为侵害的法益之间具有关联性。⁽⁴³⁾然而,超个人法益既包括国家法益也包括社会法益,涵盖国家安全、公共安全、经济秩序和社会管理秩序,范围十分广泛,因此,将预防性犯罪化的保护法益限制为“超个人法益”,难以实现对其立法的合理限制。而以法益的关联性限制预防性犯罪化立法,也不具有可行性。这是因为,法益的关联性是一个内涵不明晰的用语,而对于法益关联性的外延,论者也未作具体的界定,以之作为限制预防性犯罪化立法的原则,不具有确定性的限制作用。

基于其在犯罪化体系中处于补充性地位和明显的局限性,直接预防性犯罪化应当被限制为适用于保护重大超个人法益,包括重大的国家法益和社会法益,如国家安全和公共安全等。“危险犯的犯罪化是被允许的,但只有当危险行为可能造成的危害严重到足以被犯罪化的程度时才合理。”⁽⁴⁴⁾个人法益或者一般性的社会法益,如财产法益、人身权利或者公司管理秩序等,侵害对象的数量少或者法益侵害的严重程度不高,采用报应性犯罪化,处罚造成法益侵害结果的犯罪行为,并充分发挥刑罚的预防功能,就足以实现保护法益安全的目的,不需要也不值得采用直接预防性犯罪化。

(42) 参见前注,何荣功文,第153页。

(43) 参见前注,张永强书,第209页。

(44) Jeroen ten Voorde, *Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control*, *Utrecht Law Review*, Vol.10:163, p.170.

其二,仅处罚严重侵害重大超个人法益的侵害犯不能有效保护法益安全。作为刑法保护的重点目标,重大超个人法益受到了报应性犯罪化的有力保护,表现为严重侵害重大超个人法益的侵害犯受到了刑法的严厉禁止。如果严厉处罚侵害犯,能够有效保护重大超个人法益的安全,就没有必要进一步采取直接预防性犯罪化。只有在采用报应性犯罪化不足以保护重大超个人法益安全的条件下,才有必要制定直接预防性犯罪化立法,提前处罚危险行为。《刑法》第115条规定,放火危害公共安全“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”,成立放火罪,为报应性犯罪化的侵害犯。《刑法》第114条规定,放火危害公共安全“尚未造成严重后果”,成立放火罪,为直接预防性犯罪化的具体危险犯。立法者之所以在规定了作为侵害犯的放火罪的同时还规定作为具体危险犯的放火罪,是因为放火罪严重侵害公共安全。如果要等到发生“严重后果”才能认定为犯罪既遂予以处罚,则所提供的法益保护过于迟缓,难以有效地保护公共安全。增设作为具体危险犯的放火罪,将犯罪既遂标志提前到“尚未造成严重后果”的危害公共安全的危险,为公共安全提供提前保护,增强了刑法保护的有效性。

其三,提前处罚危险行为具有预防法益侵害结果发生的功能。具有预防法益侵害结果发生的功能,体现为受到刑罚威慑的一般人,在造成法益侵害危险前会作出停止犯罪的意思决定,从而避免法益侵害结果的发生。预防法益侵害结果发生,并不意味着能够避免所有的法益侵害结果。这是因为,不同人的智能水平和人格特质存在差异,少数人可能具有反社会人格而不惧怕刑罚后果,或者存有侥幸的投机心理,因而难以期待所有的人都能因刑罚威慑而产生停止犯罪的意思决定。

大部分犯罪造成的法益侵害危险与侵害结果之间存在时间间隔,因果流程明晰。采用直接预防性犯罪化,将犯罪既遂标志提前到法益侵害危险,提前处罚危险行为,通常能够威慑行为人在侵害危险前停止下来,具有预防法益侵害结果发生的作用。例如,生产、销售不符合安全标准的食品罪的基本犯为具体危险犯,以“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的危险”为既遂标志。一般来说,在这一具体危险与“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的”结果之间,存在时间间隔和明晰的因果流程。立法者采取直接预防性犯罪化,设立生产、销售不符合安全标准的食品罪的基本犯,将犯罪既遂标志提前到法益侵害危险,具有预防“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的”结果发生的作用。

2. 直接预防性犯罪化立法的未来方向

现行刑法设立了相当数量的具体危险犯和抽象危险犯,为国家安全、公共安全和经济秩序等提供了提前保护。未来,为应对社会生活复杂化程度的进一步升高和社会风险的增加,直接预防性犯罪化仍将是立法者的重要选择。以信息网络领域为例,直接预防性犯罪化立法需要在以下三个方向上为重大超个人法益提供提前保护。

首先,为重要数据安全提供提前保护。国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统及其数据和应用程序,对国家安全和科学技术发展具有重大意义,应当是刑法的重点保护对象。《刑法》第286条设立的破坏计算机信息系统罪,为所有的计算

机信息系统及其数据和应用程序提供了刑法保护。该犯罪成立以造成“后果严重”为要件,不仅限制了成立范围,而且处罚时点过于延迟,预防国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统及其数据和应用程序遭受破坏的作用不大。建议将破坏国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统及其数据和应用程序,补充规定为破坏计算机信息系统罪的新行为方式,并设立为抽象危险犯,为之提供提前保护。

其次,为信息网络领域的国家安全提供提前保护。有学者提议研究非法跨境数据流通的刑法规制问题。⁽⁴⁵⁾该提议具有迫切性。关键信息基础设施的运营者在境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据,对信息网络领域的国家安全具有重大意义,依法应当在境内存储。需要向境外提供个人信息和重要数据的,应当经过管理部门的安全评估。跨境存储、非法向境外提供个人信息和重要数据,制造了境外势力危害信息网络领域国家安全的现实风险。《网络安全法》明确禁止这两种违法行为,并规定对运营者及其直接责任人员处以1万元以上10万元以下罚款。然而,对该两种违法行为处以罚款,既未充分表达出否定评价和道德谴责,也与违法行为可能产生的巨大收益不成比例,所起到的预防作用不大。建议增设“跨境存储、提供网络数据罪”作为抽象危险犯,予以提前的刑罚处罚,强化对跨境存储、非法向境外提供网络数据信息行为的预防和惩治。

最后,为信息网络领域的公共安全提供提前保护。当下,伴随着人工智能技术快速迭代进化,应用场景不断拓宽,利用人工智能软件和人工智能体危害社会的行为明显增多。有学者提出,应当增设“滥用人工智能技术罪”予以应对。⁽⁴⁶⁾应当认为,该建议具有合理性。正当、合理地利用人工智能技术,将助推经济发展和社会进步,应当受到法律的保护。但是,若滥用该技术,则会严重危及信息网络安全和公共安全,应当运用刑罚予以惩治和预防。为预防信息网络安全和公共安全遭受侵害,应当将滥用人工智能技术行为予以直接预防性犯罪化,为之提供提前保护。建议修改刑法,增设作为具体危险犯的“滥用人工智能技术罪”,在“足以造成严重后果”时予以处罚。

(三) 间接预防性犯罪化立法的边界

1. 间接预防性犯罪化立法的限制原则

“离危害越远,犯罪化的副作用就越大”⁽⁴⁷⁾,学界普遍认为,间接预防性犯罪化立法应当受到最严格的限制。关于应当如何限制间接预防性犯罪化立法,学者们提出了不同的观点。有学者从远程危害的角度提出三项限制原则说,认为间接预防性犯罪化应当符合“有实施危害行为的意图”“严重的犯意要件”和“充分和常规性介入他人的行为”三项原则。⁽⁴⁸⁾有学者提出了四项限制原则说,认为间接预防性犯罪化应当受到“重大风险”“预防要求”“完成危害”与“可归责性”四项原则的限制。重大风险原则,是指只

(45) 参见刘宪权:《数据犯罪罪名体系建构之完善》,载《国家检察官学院学报》2024年第3期,第29-30页。

(46) 参见吕江鸿:《利用人工智能实施犯罪的刑法应对研究》,载《南宁师范大学学报(哲学社会科学版)》2022年第5期,第31页。

(47) See Jeroen ten Voorde, *supra* note 44, 170.

(48) See Andrew Ashworth & Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014, p.112-113.

有为降低重大风险,才能允许将未造成危害的行为予以犯罪化。预防要求原则,是指只有能够降低最终危害发生的概率,才能将未造成危害的行为予以犯罪化。完成危害原则,是指只有在刑法处罚故意造成危害的侵害犯的基础上,为减少危害的危险,才能将未造成危害的行为予以犯罪化。可归责性原则,是指只有当行为人制造了危险,且行为人对最终危害具有某种程度的可归责性,才承担刑事责任。⁽⁴⁹⁾应当承认,三项限制原则说和四项限制原则说,是从犯罪参与、危险预防和责任的角度提出的多项限制原则,对间接预防性犯罪化确实具有重要的限制作用。然而,其中有些限制原则的内涵不够清晰,如“重大风险”和“预防要求”,虽然论者对之下了定义,并作了实例分析,但内涵仍难以作清晰的把握。更重要的是,这两种观点均未从保护法益的角度提出限制,也未考虑到间接预防性犯罪化的局限性。因此,这两种观点所提出的限制原则不免有些空洞和不切实际,难以对其立法形成合理的限制。“国家应当对某些类型的间接性犯罪的创设持谨慎态度”⁽⁵⁰⁾,间接预防性犯罪化立法应当受到以下四项原则最为严格的限制。

其一,为了保护重大超个人法益。间接预防性犯罪化是在直接预防性犯罪化的基础上,进一步采取的法益保护立法措施。作为直接预防性犯罪化立法的前提性限制原则,“为了保护重大超个人法益”显然也应当适用于间接预防性犯罪化立法,保护个人法益和一般性的超个人法益不应当采用间接预防性犯罪化。

其二,仅提前处罚危险行为不能有效预防法益侵害结果的发生。如果采用直接预防性犯罪化,提前处罚危险行为足以对重大超个人法益提供有效的刑法保护,就不应当也没有必要采用间接预防性犯罪化。所谓提前处罚危险行为不能有效预防法益侵害结果的发生,体现为受到刑罚威慑的一般人在行为造成法益侵害危险前,不会作出回避法益侵害结果的意思决定。

对于多数犯罪来说,提前处罚危险行为,更早地干预法益侵害的因果进程,具有预防侵害结果的作用。但是,对于某些严重侵害超个人法益安全的犯罪来说,提前处罚危险行为却起不到有效预防法益侵害结果发生的作用。例如,有些犯罪的法益侵害危险与结果之间,通常不存在明显的时间间隔,如网络犯罪;有些犯罪的因果流程难以干预,如丢失枪支不报罪。对于这些犯罪来说,只要造成了法益侵害危险,危险就会不受控制地实现。即使提前处罚造成法益侵害危险的危险行为,也阻止不了法益侵害结果的发生。

其三,早期危险行为具有促进严重侵害重大超个人法益的后续犯罪发生的严重危险。由于预备行为与实行行为相衔接,共犯行为与正犯行为相加功,早期危险行为都具有促进后续犯罪发生的危险。由于间接预防性犯罪化的次要补充地位和严重的局限性,因此只容许其适用于有促进后续犯罪严重危险的早期危险行为。该严重危险是指早期危险行为具有促进后续犯罪发生的高度盖然性。现行刑法中的某些预备行为或者共犯行为,之所以被立法者拟制为独立的犯罪类型,是因为这些早期危险行为具有促进后续犯罪发

(49) See Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p.161-168.

(50) Andrew Cornford, *Indirect Crimes*, Law and Philosophy, Vol.32:485, p.497 (2013).

生的严重危险。以资助危害国家安全犯罪活动罪为例。经费、场所和物资是实施危害国家安全犯罪的重要条件,提供资助的行为具有促进危害国家安全犯罪发生的严重危险。因此,立法者推行帮助行为正犯化,设立资助危害国家安全犯罪活动罪。

其四,超前处罚早期危险行为具有阻止后续犯罪的功能。具有阻止后续犯罪的功能,体现为超前处罚与后续犯罪强相关的预备行为或者共犯行为,能够有效阻止后续犯罪的发生。只有处罚早期危险行为具有阻止后续犯罪的功能,才有予以间接预防性犯罪化的必要。如果某些早期危险行为与后续犯罪发生的相关性不强,予以间接预防性犯罪化所起到的预防作用不大,即使有重大超个人法益需要强化保护,也不应当采用间接预防性犯罪化。

一般来说,大部分后续犯罪的发生,与作为早期危险行为的某些预备行为或者共犯行为之间具有强相关性,只要采取预备行为实行行为化和共犯行为正犯化,在更早的犯罪阶段惩治这些预备行为或者共犯行为,消除后续犯罪发生的条件,通常能阻止后续犯罪的发生,从而避免法益侵害结果。但是,也应当承认,有些犯罪的发生与他人预备行为或者共犯行为之间的相关性极低,如放火罪,即使实行预备行为实行行为化和共犯行为正犯化,对后续犯罪的发生也起不到显著的阻止作用。对这些犯罪来说,就没有采用间接预防性犯罪化的必要。

2. 间接预防性犯罪化立法的未来方向

现行间接预防性犯罪化立法,在治理恐怖主义犯罪、信息网络犯罪和有组织犯罪等高度危险犯罪上,发挥了重要的惩治和预防作用。未来,间接预防性犯罪化仍将是应对高度危险犯罪的必要举措。2001年5月原卫生部发布了《人类辅助生殖技术规范》,明确禁止生殖性基因操作,但未能阻止“基因编辑婴儿案”的发生。有些学者提出,应当推行滥用基因技术辅助生殖行为的犯罪化。⁽⁵¹⁾ 2020年12月《刑法修正案(十一)》增设了非法植入基因编辑、克隆胚胎罪,明确禁止“将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体或者动物体内,或者将基因编辑、克隆的动物胚胎植入人体内”。然而,该犯罪以“情节严重”为成立条件,不仅限制了成立范围,而且将处罚时点设定在发生严重后果之后,对生殖性基因编辑、克隆胚胎行为的预防作用不大。为保护人类尊严和世代健康,应当将间接预防性犯罪化作为补充,增设“非法开发生殖性基因编辑、克隆技术罪”,对非法开发生殖性基因编辑、克隆技术行为予以超前处罚。这是因为,非法开发生殖性基因编辑、克隆技术是非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的预备行为,予以实行行为化,具有预防非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的作用。

但是,间接预防性犯罪化立法应当坚守谦抑性原则,限制在必要且最低限度内。凡报应性犯罪化、直接预防性犯罪化能够为重大超个人法益安全提供有效的刑法保护的,或者不符合全部的四项限制原则的,均不应推行间接预防性犯罪化。例如,有学者提

(51) 参见于慧玲:《人类辅助生殖基因医疗技术滥用的风险与刑法规制——以“基因编辑婴儿事件”为例》,载《东岳论丛》2019年第12期,第172页。

出增设“持有不安全食品罪”的建议,⁽⁵²⁾就不宜采纳。一方面,行为人持有不安全食品并不必然有侵害消费者的身体健康和生命安全的危险。不是所有的行为人都将持有的不安全食品假冒为安全食品对外销售。如果行为人将持有的不安全食品用于其他用途,就不会有危害食品安全的危险。另一方面,食品安全已经受到了刑法的充分保护。刑法设立了基本犯为具体危险犯的生产、销售不符合安全标准的食品罪和基本犯为抽象危险犯的生产、销售有毒、有害食品罪,为食品安全提供了提前保护,无需进一步推行间接预防性犯罪化。

(四) 预防性犯罪化立法应当具有实证基础

有些预防性犯罪化的限制原则属于规范性原则,如“为了保护重大超个人法益”,某种行为的预防性犯罪化是否符合该原则,只要作理论分析和逻辑分析,就能够作出判断。但是,有些限制性原则为记述性原则,如“仅处罚严重侵害重大超个人法益的侵害犯不能有效保护法益安全”“提前处罚危险行为具有预防法益侵害结果发生的功能”“早期危险行为具有促进严重侵害重大超个人法益的后续犯罪发生的严重危险”和“超前处罚早期危险行为具有阻止后续犯罪的功能”等,某种行为的预防性犯罪化是否符合这些原则,仅作理论分析和逻辑分析是不够的,还应当对相关事实作判断。相关事实主要包括严重侵害重大超个人法益犯罪的发案数、发案率和社会危害程度,以及危险行为、早期危险行为与法益侵害结果的相关性等。

对相关事实作判断,应当以准确、充分的实证数据作支撑,不能仅凭个人直觉或者经验作判断,更不应当为社会舆论所左右。例如,经过统计分析,如果证实严重侵害重大超个人法益犯罪的发案数大、发案率高,社会危害极为严重,就表明采取预防性犯罪化符合“仅处罚严重侵害重大超个人法益的侵害犯不能有效保护法益安全”原则。又如,经过统计分析,如果证实重大超个人法益侵害结果与某些危险行为、早期危险行为之间具有强相关性,则表明对这些危险行为、早期危险行为的预防性犯罪化,符合“提前处罚危险行为具有预防法益侵害结果发生的功能”“早期危险行为具有促进严重侵害重大超个人法益的后续犯罪发生的严重危险”和“超前处罚早期危险行为具有阻止后续犯罪的功能”原则。相反,如果统计分析表明,重大超个人法益侵害结果与某些危险行为、早期危险行为之间的相关程度极低,基于刑法的谦抑性原则,就没有采取预防性犯罪化的必要。

五、结 语

伴随着人类进入风险社会,社会生活高度复杂化,刑法保护法益的任务明显加重,法益保护面临着更大的困难。预防性犯罪化不可避免地成为各国立法者作出应对的普遍性选择。虽然预防性犯罪化立法在当下出现了较大幅度的扩张,未来仍有进一步扩张的

(52) 参见张雍铤、张学超:《我国持有不安全食品犯罪化的理论探讨》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第60页。

可能性,但是不会动摇报应性犯罪化的基础性地位。报应性犯罪化、直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化,形成犯罪化的范围从大到小的三层金字塔结构。报应性犯罪化是刑法保护法益安全的基础措施,为金字塔结构的底部,犯罪化的范围最大,直接预防性犯罪化次之,处于金字塔的中部,而间接预防性犯罪化的范围最小,为金字塔的顶部。

限制预防性犯罪化立法,应当坚守直接预防性犯罪化和间接预防性犯罪化的限制原则,并得到实证数据的支持。受到合理限制的预防性犯罪化立法,将会在安全价值和自由价值、法益保护机能与自由保障机能之间达成适度的平衡。

预防性犯罪化不应当是未来唯一的立法方向,而是会与非预防性犯罪化共存。伴随着社会物质条件的不断变化和社会治理的持续推进,社会风险的类型和规模会发生相应的变化,预防性犯罪化立法应当与时俱进作出调整。如果出现新型社会危害行为,严重侵害重大超个人法益,而报应性犯罪化不能提供有效的刑法保护,就应当实行预防性犯罪化,增设直接预防性犯罪或间接预防性犯罪。而如果某些重大超个人法益不再需要预防性犯罪化提供补充性保护,立法者就应当及时废止预防性犯罪,予以非预防性犯罪化,扩大公民行动自由的范围。

Abstract: Previously, academia treated preventive criminalization as a monolithic whole in its theoretical research, which constrained the development of the doctrine and its ability to guide practice. Preventive criminalization is in fact a supplementary mode of criminalization and can be divided into direct and indirect forms, with the former playing the primary role and the latter a secondary one. Both direct and indirect preventive criminalization can be justified by retributive and preventive grounds, yet the weight of each ground differs in their respective justificatory structures. Legislation on preventive criminalization must therefore be subject to differentiated, typology-based limits. Direct preventive criminalization statutes should be confined by three principles: they must protect significant supra-individual legal interests; punishment of concrete offences that seriously infringe such interests must prove insufficient to safeguard those interests; penalizing the dangerous conduct in advance must demonstrably help prevent the materialization of harm to the interests. Indirect preventive criminalization statutes should be confined by four principles: they must likewise protect significant supra-individual legal interests; punishing the dangerous conduct in advance must not itself be capable of effectively preventing the resulting harm; the early-stage dangerous conduct must create a grave risk of facilitating subsequent, serious offences against those interests; punishing that early-stage conduct must be shown to have the capacity to block the later offences. All preventive criminalization legislation must rest on an empirical foundation.

(责任编辑:王 楷)