

预防刑法的合理性及限度

王 良 顺^{*}

摘要:预防刑法在侵害法益行为的前行为时段介入,阻止法益侵害行为的发生,以预防重大超个人法益遭受侵害。预防刑法有预备行为实行行为化和帮助行为正犯化两种不同的表现形式。传统刑法对现代社会中的重大超个人法益的保护不够充分,需要预防刑法为之提供超前保护。预防刑法符合刑法的谦抑性原则,是现代社会刑法机能动态平衡的具体表现。预防刑法在距离法益侵害较远的前行为时段禁止或者命令公民实施某些行为,既限制了公民更多的自由,也让社会付出昂贵的成本,应当受到严格的限制。限制预防刑法的依据主要来自刑事政策和刑法原则。运用预防刑法保护重大超个人法益,应当满足“必须存在严重侵害重大超个人法益的后继犯、后继犯必须是高度危险的犯罪、间接危险犯具有引发或者协同后继犯的高度盖然性、间接危险犯应当具备特定的‘明知’构成要素以及预防刑法的超前限度止于后继犯的预备行为实行行为化或者帮助行为正犯化”5项基本限制条件。

关键词:预防刑法 超前保护 间接危险犯 后继犯 法益保护从属性

《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案》(九)]增设了多种恐怖主义、极端主义犯罪,引发学界在近年高度关注预防刑法的问题,不少学者对预防刑法提出了种种质疑或者批评意见。事实上,《刑法修正案(九)》的相关规定并非我国预防刑法的首次出现,早在1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中就有组织、领导、参加恐怖活动组织罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪等预防刑法的规定,只是学界当时并未予以足够的重视。而学界当时之所以不太关注预防刑法问题,主要是因为预防刑法在当时还不多见,以及普遍认同该立法的合理性。早在20世纪中期,预防刑法就陆续出现在欧美国家的刑事立法中。如同在中国受到质疑和批评一样,预防刑法在欧美国家也一直饱受争议,其是否具有合理性及限度如何,成为理论界争议的焦点。

一、预防刑法的含义与立法表现

为指称不同于传统刑法的现代刑法,学界近期使用了诸如新型刑法、风险刑法、安全刑法、预防刑法、预防性刑法、以预防为导向的刑法和积极刑法等多种不同的概念,但鲜见学者对其给予明确的界定。这些概念分别从不同的侧面揭示了现代刑法的多种属性,无疑有助于深化对现代刑法的认识,但是多种不同概念被同时使用而又不做具体的界定,则必定会对理论研究产生消极的影响。^①就预防刑法而言,仅有个别学者给其下了定义。“所谓预防刑法,系相对于建立在启蒙思想之上的传统古典刑法而言,它不再严格强调以既成的法益侵害结果作为追究刑事责任的基础,而是着眼于未来,基于对安全的关注,着重于防范潜

^{*} 中南财经政法大学刑事司法学院教授、博士生导师

^① 笔者认为,现代刑法是上位概念,而风险刑法和预防刑法都是下位概念,是对现代刑法不同侧面的揭示。安全刑法则与自由刑法相对称,关涉到刑法性质的整体定位,内涵和外延均超越了现代刑法。预防刑法、预防性刑法和以预防为导向的刑法,只是在文字的简洁程度上有所不同,以预防刑法这一概念最为简洁和准确。

在的法益侵害危险,从而实现有效的社会控制。”^①“预防型的刑事立法在恶害结果发生之前即介入刑法,实现对法益的事前保护。”^②不难看出,上述观点将预防刑法等同于法益保护早期化,将所有规定处罚危害结果之前的犯罪行为的罪刑规范都视为预防刑法。而实际上,处罚危害结果之前的犯罪行为的刑法包括长期存在的以具体危险犯、抽象危险犯和未遂犯为处罚对象的立法,以及晚近出现的以间接危险犯为处罚对象的立法两种不同类型。后者作为现代刑法的组成部分,直到20世纪中期才开始出现,而前者却是在古代刑法以及近代刑法中就已经存在的处罚常规。以抽象危险犯为例,在我国上古时期的刑法中规定应予处罚,如《尚书·汤誓》规定:“汝弗恭命,予则孥戮汝”。其意思是说,只要不服从命令,即使未造成犯罪后果也要处死刑。后世的古代刑法更是处罚多种抽象危险犯。依据《唐律》“非时烧田野”条的规定,只要不依法令节制在每年2月1日后到10月30日前,放火烧自家的田野,即成立“非时烧田野罪”,处笞刑。若延烧他人舍宅或者财物,则加重其刑。在唐代,受处罚的抽象危险犯还包括“烧官府私家舍宅罪”“行船茹船不如法罪”和“库藏仓燃火罪”等。因此,上述两类立法现象存在本质的差别,有必要加以区分。笔者在本文中前者称为法益保护早期化,将后者称为预防刑法。

作为现代刑法重要组成部分的预防刑法,是社会生活高度复杂化和重大超个人法益遭受严重侵害而共同作用的产物。在农业社会和工业化水平不高的年代,社会生活的节奏相对较慢,社会关系较为简单,只需要处罚结果犯和少量的具体危险犯、抽象危险犯就足以实现保护法益安全的刑法目的。20世纪中期,第三次技术革命已经完成,计算机技术和信息控制技术等高新技术得到了快速发展,社会生活复杂化的程度明显升高,加之全球化的进程加快和社会冲突加剧,重大超个人法益的安全面临着更加严重的威胁。“当今的安全性几乎(或者仅仅限于)就是有效地避免(极度的)危险的损害(尤其是有组织犯罪、毒品运输、恐怖主义和其他被视为威胁社会稳定和国家基础的犯罪)。”^③在传统刑法的规制之下,恐怖犯罪和有组织犯罪等高度危险犯罪没有得到有效的控制,对重大超个人法益形成严重的威胁或者造成严重的侵害。在这种社会背景之下,“即使是最坚定的报应性刑法也不可能完全忽视对不法行为的预防。如果某种行为的社会危害非常严重而应当予以犯罪化,国家就有责任采取措施保护人民免受侵害”。^④为了提高刑法的应对效能,欧美国家开始改弦更张,奉行刑法的积极干预主义,通过制定以预防为导向的刑法,为重大超个人法益提供超前保护。

值得注意的是,不能将法益保护早期化等同于预防刑法。作为法益保护早期化的具体措施,处罚具体危险犯、抽象危险犯和未遂犯不仅欠缺现代性,而且也不具有预防法益侵害的功能。处罚具体危险犯、抽象危险犯和未遂犯虽然将处罚的时点提前到法益侵害的危险状态,但仍是以实行行为的实施为前提的,而只要实行行为已经实施,那么侵害结果的发生几乎就不可避免。一方面,决意实施犯罪的行为人意在追求侵害结果的出现,不会满足于造成侵害法益的危险,因而将处罚的时点提前到危险状态,并不足以改变行为人追求侵害结果的犯罪意志。另一方面,只要实行行为已经实施并且已经对法益的安全造成直接威胁,那么侵害结果的发生就是高概率事件。之所以有少量的犯罪行为会在危险状态停顿下来,往往是因为出现了行为人不可预见或者不可抗力的偶然性因素。因此,法益保护早期化的真正价值并不是预防法益侵害,而是将行为的处罚时点提前,以增强刑法对法益的保护力度。

与法益保护早期化不同,预防刑法并不是在同一因果流程内将处罚的时点提前,而是在前行为时段,处罚既先于法益侵害的因果流程又与法益侵害之间具有密切联系的危险行为。作为预防刑法的处罚对象,发生在前行为时段的危险行为,实际上是一种不同于具体危险犯、抽象危险犯的新的犯罪类型——间接危险犯,即间接威胁法益安全的危险行为。预防刑法在前行为时段,处罚有可能引发或者协同后继犯的

① 何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期。

② 于改之、蒋太珂:《刑事立法:在目的和手段之间——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,《现代法学》2016年第2期。

③ [德]汉斯·约格·阿尔布莱希特:《安全、犯罪预防与刑法》,赵书鸿译,《人民检察》2014年第16期。

④ Andrew Ashworth and Lucia Zedner, Prevention and Criminalization: Justification and Limits, 15 New Criminal Law Review, Fall 543 (2012).

间接危险犯,阻止后继犯的发生,真正具有预防法益侵害的功能。“这些犯罪之所以被定义为预防性犯罪就是因为它们先于危害的因果流程。”^①以恐怖犯罪为例,宣扬恐怖主义、极端主义虽然不会对公共安全造成实际侵害或者直接威胁,但是有可能使受众接受恐怖主义或者极端主义思想,而接受了恐怖主义或者极端主义思想的受众有可能实施作为后继犯的恐怖犯罪,严重地威胁或者侵害公众的人身安全和财产安全。处罚作为间接危险犯的宣扬恐怖主义、极端主义行为,阻止危险的意识形态在社会上传播,就在恐怖犯罪之前的前行为时段,起到防范和减少恐怖犯罪的作用。总之,虽然法益保护早期化和预防刑法都是处罚危害结果发生前的犯罪行为,都具有提前处罚的属性,但是两者存在本质的区别。不仅两者的处罚对象和处罚时点有所不同,而且两者提供的法益保护性质也不一样。前者为法益安全提供的是提早保护,而后者提供的是超前保护。区分这两种不同的立法现象,既有助于分别开展深入的理论研究,也有利于立法者分别运用这两种不同的立法,对不同的犯罪做出差别化的反应。

我国的预防刑法有预备行为实行行为化和帮助行为正犯化两种不同的表现形式,主要体现在恐怖犯罪、黑社会性质组织犯罪和网络犯罪等犯罪的立法之中。预备行为实行行为化是指通过刑法的特别规定,将后继犯的预备行为设置为独立的犯罪类型。预备行为实行行为化将处罚的时点提前了一个行为时段,为法益的安全提供了超前保护。预备行为实行行为化的犯罪主要有组织、领导、参加恐怖组织罪,准备实施恐怖活动罪,宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,组织、领导、参加黑社会性质组织罪、入境发展黑社会组织罪,以及非法利用信息网络罪等。而帮助行为正犯化是指通过刑法的特别规定,将后继犯共同犯罪的帮助行为设置为独立的犯罪类型。帮助行为正犯化的犯罪主要有帮助恐怖活动罪和帮助信息网络犯罪活动罪。帮助行为一般是事前提供帮助,因而帮助行为正犯化也会使处罚的时点提前一个行为时段。预防刑法提供的超前保护,与通过处罚结果犯所提供的事后保护和通过处罚具体危险犯、抽象危险犯所提供的提早保护相衔接,前后相继,共同为重大超个人法益提供两个行为时段的刑法保护。

有学者将预防刑法限定为预备行为实行行为化,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”。^②由于这种观点将帮助行为正犯化排斥在预防刑法之外,根本无视帮助行为正犯化的超前保护功能,因此具有片面性。

二、预防刑法的合理性依据

虽然预防刑法并没有因为存在质疑和批评的声音而消失,并且影响力仍在持续地扩大,但是其合理性仍需要从理论上予以证成。就支持预防刑法的观点而言,论证预防刑法合理性的角度具有多样性。有学者认为,预防刑法的正当性在于重大法益存在强化保护的必要性。^③也有学者认为,预防刑法是社会需求的产物,具有体现刑法的象征功能、国家职能的发展、民众的政治支持和前置法的规范无效等多种“合理性和优势”。^④上述观点凸显了两种不同的论证路径:或立足于刑法目的,从法益保护入手来论证预防刑法的合理性,或基于预防刑法的优势来论证预防刑法的合理性。一般认为,论证预防刑法的合理性应当立足于刑法学理,从刑法目的、刑法性质和刑法机能等刑法根基方面加以正面说明。若离开刑法学理,则即使从其他方面提出了预防刑法的更多优势,也难以证成其合理性。在笔者看来,预防刑法的合理性具有以下4项基本依据。

1. 传统刑法对现代社会中的重大超个人法益的保护不够充分

刑法保护的法益种类繁多,不同的法益面临威胁的程度有所不同。对于大部分法益来说,以处罚结果犯为原则、以处罚具体危险犯、抽象危险犯为例外的传统刑法足以保护其安全,刑罚适用的历史经验已经

① Andrew Cornford, Preventive Criminalization, 18 New Criminal Law Review, Winter 3 (2015).

② 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》,《法律科学(西北政法学报)》2017年第2期。

③ 参见于改之、蒋太珂:《刑事立法:在目的和手段之间——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,《现代法学》2016年第2期。

④ 参见何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期。

充分地证明了这一点。然而,在当下,重大超个人法益遭受高度危险犯罪的严重侵害或者威胁,而传统刑法为之提供的保护并不充分。依据传统刑法所做出的刑事司法应对,公安机关和检察机关通常只有在犯罪行为已经造成法益侵害结果或者侵害危险时,才能启动刑事诉讼程序,制止和打击犯罪行为。传统刑法的刑事司法反应模式对于高度危险的犯罪来说,不仅严重滞后于犯罪行为的发展进程,而且在大多数情况下,也不足以有效地威慑潜在的危险分子,难以阻止法益侵害结果的发生。

传统刑法对现代社会的重大超个人法益保护不足突出地表现在两个方面:其一,无力阻止某些法益侵害结果的发生。有些犯罪类型瞬间就能实施终了,实行行为与侵害危险和侵害结果几乎同时出现。以计算机犯罪为例,连接网络的每台计算机终端均可相互访问,信息的获取、处理和反馈都是即时交互完成的,因而在计算机犯罪的预备阶段、实行阶段与结果发生阶段之间几乎不存在时间间隔。对于这种犯罪,传统刑法即使在出现法益侵害危险时就提前介入,也阻止不了犯罪结果的发生和扩大。其二,不能作用于犯罪的意识形态。恐怖活动组织的成员因为共同的精神信仰而结合在一起,宗教性、政治性或者民族性的意识形态是恐怖犯罪的精神动力。依据传统刑法,对于高度组织化和意识形态化的恐怖犯罪,通常只能处罚造成法益侵害结果或者直接威胁的行为人,而作为恐怖活动组织精神支柱的意识形态并不会被清除,还将继续存在。或许在严厉打击期间,恐怖活动组织的违法犯罪活动会有所收敛,但是在打击过后,受极端意识形态支配的恐怖犯罪活动又会卷土重来甚至变本加厉。由此可见,传统刑法对于当下重大超个人法益的保护显得过于迟缓和浅表化,缺乏有效性。

2. 现代社会的重大超个人法益需要预防刑法为之提供超前保护

传统刑法对重大超个人法益的保护不仅欠缺有效性,而且已经到了不可能再强化的程度。传统刑法强化法益保护的手段无外乎增设新罪名、具体危险犯、抽象危险犯或者加重刑罚,而立法者在保护重大超个人法益上几乎穷尽了这些手段而不可能再加码。另外,即使强行再加码,也不能解决传统刑法保护的迟缓和浅表化问题。预防刑法将刑法的保护线前移,通过例外地处罚在前行为时段发生的作为前行为和原因行为的间接危险犯,额外地提供超前保护,防范和减少后继犯的发生,增强了刑法保护重大超个人法益的有效性。

有学者否认预防刑法的目的是保护法益安全。“这样的犯罪不是以导致什么样的具体损害作为实施制裁的前提条件,而是以没有促使安全状态的形成或者这类犯罪的不法来表述的,它不是一个具体的损害,而是一种慌乱不安。”^①“预防刑法在政治姿态上更能彰显国家对犯罪治理的重视,往往更容易迎合民意和现代民主政治的需要。在这个意义上,预防刑法已然背离其初心,蜕变为象征性立法。”^②更有学者对民众不安感的真实性表示怀疑,认为“更多的是深受媒体以及时代风潮影响的一种不安定感觉,未必存在合理根据”。^③这些看法将预防刑法的目的归结为保护民众的“安全感”和“迎合民意”,而不是保护法益的安全,显然过于偏颇。民众的不安全感并非空穴来风,之所以产生不安全感,就是因为民众目睹了身边发生的或者通过新闻媒介了解到的重大法益侵害事件,并基于自己的处境与受害者相类似,产生了自己有可能遭受侵害的恐惧和担忧。因此,民众的不安全感是对自身安全受到威胁的正常心理反应。持“安全感说”及类似学说者只是看到了预防刑法与法益安全之间的物理距离,而忘却了两者之间的本质联系。“预防性犯罪的立法通过规制并不直接地导致危害或者制造导致危害的风险的行为,旨在防止最终的危害。”^④预防刑法将刑法的保卫线向前延伸,其目的就是有效地保护法益的安全。

预防法益遭受侵害符合法益保护原则。法益概念具有划定刑法边界的功能,存在法益侵害或者法益侵害的危险是限制刑事可罚性的基础性原则。^⑤刑法与法益保护的联系,并不要求只有在法益受到侵害的

① [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,《马克思主义与现实》2005年第3期。

② 何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期。

③ [日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第17页。

④ Andrew Cornford, Preventive Criminalization, 18 New Criminal Law Review, Winter 27 (2015).

⑤ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,《法学评论》2015年第1期。

时候才能产生刑事可罚性,只要“根据这种行为所具有的客观或者主观倾向,是以损害一种法益为指向的”即可。^①在英、美等国的刑法学中,作为犯罪化的基础性原则,损害原则之损害已经不限于实际发生的对他人的损害,而是扩展到发生实际损害的危险。“损害发生与否并非确定的结果,易言之,某种行为既非绝对无害,亦非直接、必然有害,我们只能说它会制造某种程度的危险。”^②间接危险犯间接地威胁重大超个人法益的安全,显然具有侵害法益的客观倾向,因而是法益侵害的新形式。需要指出的是,间接威胁法益的安全并非普遍性的刑事可罚性依据,而只是一种特殊的例外,仅限于重大超个人法益遭受高度危险犯罪严重侵害或者威胁的场合。处罚间接威胁重大超个人法益的间接危险犯,也得到学界的理论支持。“倘若行为人的先前行为存在着犯罪关联性,则仍然可能例外地对之进行归责并使得这种归责正当化。”^③

许多国家都制定了预防刑法以应对严重威胁重大超个人法益安全的犯罪。意大利刑法禁止宣传和颂扬暴力政治的极端思想。《意大利刑法》第272条规定:“在意大利境内宣传以暴力建立某一社会阶级对其他阶级的专政、以暴力方式压迫某一社会阶级或者以暴力方式推翻国家现行的社会制度或者经济制度的,或者宣传摧毁社会的任何政治和法律制度的,处以1年至5年有期徒刑。颂扬以上条款列举的行为的,处以相同的刑罚。”^④《德国刑法》第86条规定的“散发违反宪法的组织的宣传物罪”和第86条a规定的“使用违反宪法的组织的标示罪”也都属于预防刑法。^⑤晚近以来,预防刑法被许多国家用于应对严重的恐怖犯罪。“恐怖主义在现代风险社会中引发了新型的复杂的危险。……这些新的发展和威胁都致使国家安全机构在可能遭遇恐怖袭击时有必要在犯罪既遂之前就进行打击。”^⑥在日本,预防刑法还被用于处罚取得、保管伪造磁卡信息的行为等。日本刑法“对持有、保管可能用于犯罪的工具、信息的行为也予以处罚,追求法益保护早期化的立法引人注目”。^⑦

3. 预防刑法符合刑法的谦抑性原则

一般认为,刑法的谦抑性原则是由日本学者平野龙一于20世纪60年代提出的,^⑧后被日本学界广泛接受。关于谦抑性原则的具体内涵,在日本学界众说纷纭,主要有“补充性与不完整性(片断性)说”“补充性、不完整性(片断性)与宽容性说”以及“补充性、二次规范性与不完整性(片断性)说”等不同的学说。^⑨虽然关于谦抑性原则的内容在学界未能形成共识,但是其核心内涵——应当基于谦让抑制的宗旨,刑罚应当仅控制“在必要的最小限度内”来立法和适用——却得到了普遍的支持。

有学者认为,法益保护前置化是导致刑法的谦抑性原则遭到削弱的重要原因。^⑩笔者认为,该学者对刑法的谦抑性原则做了僵化的理解,并不妥当。谦抑性原则的旨趣在于确立刑法与一次法在社会控制手段体系中的位阶关系,将刑法限定为保护法益安全的最后防线。换言之,只有在一次法不能保护法益安全,且一次法制裁手段不足以抑制法益侵害行为时,国家才能动用刑罚手段作出反应,并不必然排斥预防刑法。在理论上,虽然不同的学者对谦抑性原则的内容有不同的理解,但是都未将其等同于刑法的事后保护,更没有人明确反对为法益提供早期保护或者超前保护。事实上,预防犯罪从来都是刑法的重要目标,在预防刑法与刑法的谦抑性原则之间并不存在根本性对立。预防刑法是否违背刑法的谦抑性原则,不能笼统地断言,而应当针对特定的条款做具体的分析。我国现行预防刑法通过将高度危险犯罪的预备行为实行行为化和帮助行为正犯化,为重大超个人法益提供超前保护,在整体上并不违背刑法的谦抑性原则。

① 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第18页。

② [美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限(第一卷):对他人的损害》,方泉译,商务印书馆2013年版,第241页。

③ [德]乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、江溯译,中国法制出版社2012年版,第211页。

④ 《意大利刑法典》,黄风译,中国政法大学出版社1998年版,第87页。

⑤ 参见《德国刑法典》,冯军译,中国政法大学出版社2000年版,第67页。

⑥ [德]乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、江溯译,中国法制出版社2012年版,第197页。

⑦ [日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第16页。

⑧ 参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第90页。

⑨ 参见刘淑裙:《日本刑法学中的谦抑主义之考察》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第22卷),北京大学出版社2008年版,第283~286页。

⑩ 参见陈璐:《论刑法谦抑主义的消减》,《法学杂志》2018年第9期。

首先,预防刑法是以一次法的规制为条件的。我国现行预防刑法禁止的间接危险犯也受到行政法的禁止。新增设的宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,强制穿戴恐怖主义、极端主义服饰、标志罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪等犯罪,都是《中华人民共和国反恐怖主义法》等行政法明文禁止的违法行为;新增设的非法利用信息网络罪和帮助信息网络犯罪活动罪,也为《中华人民共和国网络安全法》等行政法所禁止。其次,预防刑法的规制范围受到严格的限制。我国预防刑法条款的数量很少,主要分布在高度危险的恐怖犯罪和计算机网络犯罪上。最后,立法者是在传统刑法难以威慑或者阻止高度危险犯罪的条件下,为保护重大超个人法益的安全,不得已才制定预防刑法,为之提供超前保护。因此,我国现行预防刑法符合谦抑性原则“在必要的最小限度内”运用刑罚的要求,体现了刑法的补充性。需要指出的是,刑法谦抑性原则的内涵不能僵化不变,而应当伴随社会情势的变化有所发展。在现代社会中,刑法规制的范围不可能被要求等同于19世纪及其以前时代的范围。在社会生活简单的年代,对于法益保护来说,预防刑法无疑缺乏合理性。但是,在社会生活日益复杂化、重大超个人法益安全遭受高度危险犯罪严重侵害或者威胁的当今社会,受到限制的预防刑法应当被认为具有合理性,不能因为从前没有预防刑法,就认为当下的预防刑法违背刑法的谦抑性原则。

4. 预防刑法是现代社会刑法机能动态平衡的具体表现

关于法益保护机能与自由保障机能的位阶关系,理论界并未达成共识。有学者持“法益保护机能优先说”,认为“刑法第一位的机能是保护法益的机能,第二位的机能则是保障国民行动自由的机能”。^①也有学者持“自由保障机能优先说”。例如,有学者指出:“在此意义上,人权保障机能优于法益保护机能”。^②还有学者持“折中说”,认为“刑法的保障机能与保护机能是有机统一的,不可偏废”。^③事实上,刑法的两种机能都是社会的基本需要,最理想的状态莫过于两种机能都能得到最大限度的发挥。然而,法益保护机能的对象与自由保障机能的对象不同,相互之间必然存在紧张关系。合理且可行的状态只能是两种机能的适度平衡,且这两种机能的平衡应当是动态的整体平衡而不可能是静态的比值关系。并且,两种机能的动态平衡还必须伴随社会生活的变动来不断地作出调整,而不能一成不变。在法益遭受严重的侵害而需要强化保护时,就应当增设新的犯罪或者加重某些犯罪的刑事责任,这就意味着公民的自由度有所抑制。反之,在法益不再存在严重的侵害危险时,就可以降低刑法对法益的保护力度,相应地,公民的自由度会得到适度的扩张。

传统刑法以消极的刑法干预主义为基本立场,以保障公民的自由和限制国家的刑罚权为目标,以罪刑法定原则和罪刑相适应原则为基石,运用刑罚对具有已然法益侵害或者现实威胁的犯罪行为进行惩处,以恢复社会正义,并通过矫正罪犯和警示社会不稳定分子悬崖勒马来保护法益的安全。因此,传统刑法视保障公民的自由为刑法的重心,刑法的保障自由机能在传统刑法中居于优先地位。但是,在社会生活发生重大变化后,传统刑法对保障自由机能的侧重也应当作出适度的改变,重视刑法的法益保护机能。在重大超个人法益遭受高度危险犯罪严重侵害或者威胁的情形下,立法者出台预防刑法提供超前保护,是对刑法法益保护机能的强化和对刑法机能的调整。“现代社会是高度复杂的,因此只能以开放的社会来运作。”^④我国预防刑法的出台无疑也是法益保护机能得到强化的表现形式之一。立法者针对一些地方近年来多次发生严重暴力恐怖案件,网络犯罪也呈现新的特点,从总体国家安全观出发制定了预防刑法,^⑤强化了对社会公共安全的保护。

综上所述,刑法不能一成不变,必须因应社会现实和民众需求的变化而不断地作出修改和完善。“人

① [日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第31页。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第22页。

③ 陈兴良:《规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第36页。

④ [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第426页。

⑤ 参见李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明——2014年10月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5号。

们必须根据法律应予调整的实际生活的各种变化,不断地对法律进行检查和修正。”^①在传统刑法应对恐怖犯罪等高度危险的犯罪力有未逮而不足以保护重大超个人法益安全的社会背景下,预防刑法的出台弥补了传统刑法的不足,符合刑法的谦抑性原则,实现了刑法机能的新平衡。

三、对质疑和批评预防刑法的回应

预防刑法自诞生之日起就受到来自传统刑法教义学的质疑和批评。在外国,质疑和批评的主要理由是预防刑法背离了刑法的传统处罚对象和规制界限。“原本是处罚已经发生了的不法的刑罚越发致力于——在这传统上本来属于警察法的职责——防止将来的损害。因此,向预防的转化导致刑法远离了其传统的目标和界限,致使刑法变成了普通安保法中的一部分,并且可能使得刑法与警察法之间的界限在这一范围内就变得模糊不清。”^②近期,预防刑法在我国也受到许多学者的质疑和批评。质疑和批评主要集中于以下4点:其一,致使刑法过度犯罪化。通过制定修正案,刑法“不仅增设了多个新罪名,而且扩展了原有罪名的犯罪圈,从而快速地实现犯罪化”;^③刑法过度犯罪化“不仅体现在立法、司法上,也深植于社会民众和管理者的思维中”。^④其二,模糊了刑法与前置法之间的界限。“在晚近的刑法修订过程中,刑法制裁开始进入民事领域和行政领域,违法一体化的倾向越来越明显。……而在违法一元性的立法倾向下,刑法的适用又有‘诸法合体’的架势。”^⑤“晚近立法中的下列情形似乎表明,刑法有时已经不再是最后手段,而是站到了社会治理的最前线,这就在很大程度上偏离了传统刑法观。”^⑥其三,背离刑法教义学的基本原理。“在积极能动主义的立法理念下,法益概念自身反而成为立法权扩张司法权积极化的助推器。……传统的刑法理论认为,故意和过失的成立以对具体结果的认识或者预见可能性为前提。……随着预见可能性对象由具体的结果逐步移向具体的危险、抽象的危险,预见可能性的内容愈发模糊,最终很可能和严格责任只不过是一墙之隔。”^⑦其四,具有刑法工具主义倾向。“刑法立法从无限扩张刑法的干预范围、加大刑罚干预力度的实用主义向单纯安抚社会公众情绪转变的政策主义转向,实用性不再是立法所首要考虑的问题。刑法立法中缺乏实际适用性的‘空置化’‘僵尸化’条款开始不断增多。”^⑧

显然,上述质疑和批评都是立足于传统刑法教义学的立场,且不够客观和公允。

1. 以刑法过度犯罪化作为否定预防刑法的理由不成立

毋庸讳言,在1997年《刑法》施行后,立法机关通过颁布一部单行刑法和10件刑法修正案,对刑法进行了修改和补充,致使刑法的规制范围有所扩大。而预防刑法只是导致刑法扩张的因素之一,并且不是其中的主要因素。更重要的是,刑法扩张并不等于刑法过度犯罪化,我国刑法在总体上也不存在过度犯罪化问题。犯罪化与非犯罪化从来都是刑法立法的两种不同方向,我们不能简单地将其对应于错与对。20世纪中期,受标定理论等犯罪学理论的影响,司法机关和社会对犯罪的过度反应被认为是导致继发犯罪的重要原因,在西方国家出现了非犯罪化运动,无被害人犯罪、身份犯罪(少年犯罪)和轻微犯罪等犯罪被非犯罪化,但是范围十分有限。^⑨必须指出的是,西方国家的非犯罪化运动是在刑法过度犯罪化的背景下发生的,而在中国,这些被非犯罪化的行为中大部分原本就不是刑法规制的对象,因此,不能以西方国家的非犯罪化运动为依据,质疑和批评中国刑法的犯罪化。我国刑事立法是应当以犯罪化还是应当以非犯罪化为主要方向,只能由社会生活和社会需求来决定。如果社会生活复杂化程度继续提高,有新的法益必须由刑

① [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第2页。

② [德]乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、江溯译,中国法制出版社2012年版,第201页。

③ 姜涛:《在秩序与自由之间:刑法父爱主义之提倡》,《江淮论坛》2015年第1期。

④ 何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,《中外法学》2015年第2期。

⑤ 孙万怀:《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》,《法学》2016年第3期。

⑥ 周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016年第3期。

⑦ 于改之、蒋太珂:《刑事立法:在目的和手段之间——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,《现代法学》2016年第2期。

⑧ 魏昌东:《新刑法工具主义批判与矫正》,《法学》2016年第2期。

⑨ 参见吴宗宪:《西方犯罪学史》(第4卷),中国人民公安大学出版社2010年版,第1199页。

法提供保护,那么即使因此而出现以犯罪化为主要方向的刑法扩张,也是无可厚非的。伴随改革开放进程的进一步加深以及现代化、全球化、信息化水平的不断提高,我国的社会生活必将继续趋于复杂化,势必对包括刑法在内的法律产生更强劲的供给需求。因此,在可预见的未来,犯罪化作为我国刑事立法的主要方向具有必然性和合理性,以刑法过度犯罪化作为质疑和批评预防刑法的理由不能成立。

2. 预防刑法并未侵入前置法领域

作为前置法的民法、行政法与作为保障法的刑法,各自有着不同的规范目的和规制范围。刑法规制的是侵害重要法益或者严重侵害法益的行为。如果行为只是违反“仅仅用于支持维护公共秩序和福利任务的法规”,那么就“应当作为在道德上无色彩的不服从行为,也就是单纯的违反秩序行为,仅仅使用非刑事惩罚的手段加以制裁”,^①即由前置法加以规制。由于预防刑法以超前保护重大超个人法益为目的,以有可能引发或者协同严重地侵害重大超个人法益的后继犯的危险行为为惩罚对象,而不是惩罚单纯的不服从行为,因此不能被认为侵入了民法或者行政法领域。

在立法技术上,刑法与前置法的界限还是一个立法选择问题。两者的边界到底应当如何具体划分,最终取决于立法者对社会形势和民众需求的变动所做出的判断和回应,并非绝对固定不变。为因应社会生活的变动而调整刑法与前置法之间的边界,适度扩张或者限缩刑法介入社会生活的程度或者范围,都是刑事立法的常态。“承认立法者享有一定的创造空间,这并无损于法益概念的价值。”^②不能因为从前某些事项刑法未曾介入,而如今预防刑法开始介入就认为刑法侵入了前置法的领域。就预防刑法的主要对象——恐怖犯罪——来说,高度组织化和意识形态化的恐怖活动组织实施恐怖犯罪,不仅手段残忍,而且危害对象众多,后果极其严重,而从前依据前置法和传统刑法,治理恐怖犯罪的实践效果被证明并不理想。立法者不得已制定预防刑法予以补充性应对,并不是侵入前置法的领域,而是填补了前置法与传统刑法之间存在的间隙。

3. 预防刑法为刑法教义学的发展提供了新契机

传统的刑法教义学是以传统刑法为模本建构起来的知识体系,已经形成由概念、原则和原理所构成的相对稳定的理论结构。不过,刑法教义学从来就不是僵化和静态的,而应当是具有开放性和变动性的知识系统。预防刑法的出现既对刑法教义学提出了重大挑战,也为其发展注入了新鲜的血液。在预防刑法已经成为刑法组成部分的条件下,应当发展刑法教义学以接纳预防刑法,而不是固守传统刑法教义学理论,怀疑、否定和排斥预防刑法。事实上,预防刑法与传统刑法之间具有内在的一致性,这为发展刑法教义学以接纳预防刑法提供了可能。首先,预防刑法的目的也是保护法益,并不否定法益概念。预防刑法设置的间接危险犯虽然发生在法益侵害结果的因果流程之前,不直接侵害法益或者威胁法益的安全,但是与后继犯之间具有行为时段性或者协作性的密切联系,可能会引发或者协同后继犯以致造成法益侵害结果,因而具有间接的法益侵害性。因此,间接危险犯属于间接性的法益侵害行为,只是比起结果犯、具体危险犯和抽象危险犯,离法益侵害结果的距离更远一些而已。而间接危险犯与结果犯、具体危险犯和抽象危险犯在法益侵害上的不同只是量的差异,不能视为对间接危险犯的法益侵害性的否定。为适应预防刑法与传统刑法并立的现实情况,应当发展刑法教义学中的法益概念,使之既表现为遭受侵害或者直接威胁的法益,也表现为遭受间接威胁的重大超个人法益。其次,间接危险犯具有不法。作为预防刑法设立的犯罪类型,间接危险犯具有独立的构成要件。间接危险犯可能引发或者协同侵害或者威胁法益的后继犯,以特殊的形式制造不被允许的危险,与侵害结果之间存在间接的因果关系。因此,间接危险犯并不欠缺不法,只是其不法的程度和方式与结果犯、具体危险犯、抽象危险犯有所不同,丰富了不法的表现形式。再次,预防刑法不排斥因果关系或者客观归责判断。将侵害结果归责于危害行为,在预防刑法中也不例外。其特殊性表现为,在间接危险犯与危害结果之间介入了后继犯,因果关系或者客观归责具有间接性。这也可以看作

① [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第13页。

② [德]克劳斯·罗克辛:《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,《法学评论》2015年第1期。

是因果关系或者客观归责判断在特殊领域的新发展。最后,预防刑法不排斥罪责的判断。由于后继犯对法益的威胁是确定的或者相对确定的,而间接危险犯与后继犯之间又存在紧密的联系,间接危险犯的行为人对自己的预备行为或者帮助行为会引发或者协同后继犯,进而导致法益侵害结果的发生会存在概括性认识,因而具有罪责。而其判断过程的复杂性,也是罪责判断在预防刑法领域的新发展。

4. 预防刑法不是单纯的安抚民众情绪的政策工具

现代社会的法律是非工具性和工具性的统一体。法律的非工具性是指法律经过长期的自然演化所形成的固有特性,如法律的先在性、普遍性、确定性和自治性等;而法律的工具性则是法律作为实现某种社会目标的手段属性的属性。法律的非工具性表达了法律存在和变化的内在规律性以及对人为的意志操纵的排斥;而法律的工具性则反映了人类立法活动的主体性,彰显了人类意志对社会生活的目的性操纵。人类社会早期的法律,如习惯法,集中体现了法律的非工具性。作为现代社会的重要治理方式,法律作用于社会并产生社会功能,而后者必然会影响法律的制定和实施。除非法律回归神意或者绝对的道德戒律,法律与社会目标之间的内在联系就不可能发生断裂,法律的工具性也在所难免。但是,如果将法律的工具性予以极端化,那么就会演变为法律工具主义,而法律非工具性的极端化就成了法律非工具主义。这两种极端化的思想和实践都是有害的。如果固守法律非工具主义,反对法律的工具属性,排斥法律因应社会生活的变化而作出调适,那么法律就会停滞不前,甚至还会因失去社会功能而走向衰亡。而如果漠视客观规律,任由视法律仅为达成目的之工具的法律工具主义在立法领域泛滥,利用法律任意操纵社会生活,那么也必然会危及社会的整体利益和长远利益。有学者指出,自19世纪以来,法律工具主义一直支配着美国的法律实践,并担忧“这就会在法律框架内或者通过法律而产生一种霍布斯式的所有人反对所有人的战争状态”。^①

应当反对的是法律工具主义,而不是法律的工具性。预防刑法作为法律的组成部分,也是工具性和非工具性的统一体。预防刑法的制定和公布,宣示了立法者的政策选择,因而具有政策工具性的一面。与此同时,预防刑法是以社会危害行为作为惩罚对象的,科处刑罚也是以行为人的罪责为前提的,因而刑法的基本属性在预防刑法中同样存在,其非工具性并不能被否定。有学者指出,在近期颁布的多件刑法修正案中,缺乏实际适用性的“空置化”“僵尸化”条款不断增多,在司法实务中却较少甚至从未适用过,并认为这些条款已经沦为单纯的国家安抚社会公众情绪的政策工具。^②然而,条款的适用率较低,并不是预防刑法沦为单纯政策工具的标志。不同类型的犯罪发生的原因和条件有所不同,这就决定了不同性质的犯罪案件的数量有所不同,既有案件数量大、占比高的犯罪类型,如盗窃罪,也有一年发生数起甚至多年不发生一起的犯罪,在这些犯罪中有的犯罪严重侵害了重大法益,如背叛国家罪。显然,不能将后者仅仅看成是政策工具。判断刑法条款是否缺乏法益保护的功能或者是否沦为政策宣示的工具,不能只看案件发生的数量,而要看该条款的立法宣示和司法适用是否有效地威慑了潜在的犯罪分子和已然犯罪分子。预防刑法在近期适用率不够高,恰好表明预防刑法的颁布施行产生了积极的一般预防效果,成功地遏制了危险行为的发生,有效保护了重大超个人法益的安全。

四、预防刑法保护重大超个人法益的限度

预防刑法在距离法益侵害较远的前行为时段,禁止公民实施某种有可能引发法益侵害的行为,或者命令公民实施某种有可能避免法益侵害的行为,既限制了公民的更多自由,也让社会付出了昂贵的成本,其局限性十分明显。预防刑法的合理性与局限性并存决定了,一方面要运用预防刑法保护重大超个人法益,另一方面也要严格限制预防刑法的适用范围,使之成为传统刑法的必要补充。

美国有学者针对美国目前的刑事法律和刑罚太多的现象,提出了犯罪化的外部限制原则与内部限制

① [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈:《法律工具主义——对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第2页。

② 参见魏昌东:《新刑法工具主义批判与矫正》,《法学》2016年第2期。

原则。^① 外部限制原则是指依赖从刑法之外引入的有见地的规范理论,涵盖“立法的目的必须是为了实现国家的重大利益”“立法能直接促进国家重大利益的实现”和“立法不能超过必要的限度”3项。而内部限制原则是指通过刑法本身对刑法进行限制,包括“重要危害或者邪恶限制”“不法性限制”“该当性限制”与“举证责任约束”4项。在我国,有学者针对预防刑法提出了与美国学者类似的限制思路,认为限制预防刑法有宪法框架下的法益侵害危险预防与刑法体系内的法益侵害危险作为预防的限度两种路径。^② 需要指出的是,美国学者之所以提出刑法立法的外部限制原则,是因为在美国缺乏规范性的犯罪化理论以及宪法修正案作为美国刑法重要渊源的现实。“当缺乏约束立法机关的规范性的犯罪化理论时,宪法为限制刑法范围提供了唯一的原则性渊源。”^③ 而在中国,显然不存在同样的社会背景。还有学者对预防刑法的立法提出了应当考察当罚性与要罚性两项限制条件。^④ 应当认为,当罚性和要罚性都是预防刑法立法必须满足的基本条件,但当罚性和要罚性显然是犯罪化的一般条件,并不是专门针对预防刑法而言的,且其内涵过于抽象,难以为预防刑法的立法提供具体的指导。

从总体上讲,预防刑法的立法限制路径共有宪法限制、刑事政策限制和刑法原则限制3种不同的面向。在我国现行宪法的框架下,对预防刑法进行宪法限制不具有可行性。因为在我国宪法中不存在违宪审查制度,即使有人质疑某个预防刑法条款违宪,也不可能启动审查程序加以处理。所以,我国预防刑法的限制依据主要来自刑事政策和刑法原则。

(一)限制预防刑法的基本依据

1.宽严相济的刑事政策

“只有允许刑事政策的价值选择进入刑法体系中去,才是正确之道。”^⑤ 宽严相济的刑事政策作为我国基本的刑事政策,对刑事立法和刑事司法都具有重要的指导意义,而作为刑法组成部分的预防刑法也不能例外。预防刑法规制范围的划定和法定刑的配置都离不开宽严相济刑事政策的制约。一方面,只有对严重侵害重大超个人法益的高度危险犯罪,如恐怖犯罪,才有必要特别设置间接危险犯加以补充,为重大超个人法益提供超前保护。对于危害较轻的重罪或者轻罪来说,均不得制定预防刑法予以超前处罚。将预防刑法定位为针对高度危险犯罪的补充性立法,体现了宽严相济刑事政策中严厉性的一面。另一方面,预防刑法设置的间接危险犯间接地威胁法益的安全,因而不属于严重的犯罪类型。依据宽严相济的刑事政策,预防刑法的犯罪化理应被限制在非常小的范围内,且所配置的法定刑应当是轻刑,以体现宽严相济刑事政策中宽缓性的一面。从总体上看,我国现行预防刑法的规制范围是基本合理的,但也有个别行为的犯罪化有待商榷,如非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪。依照1997年《刑法》第120条之六的规定,只要行为人明知而非法持有宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频或者其他物品,情节严重的,就成立犯罪。依此规定,欠缺法益侵害性的行为也有可能受到处罚。这是因为,该罪的主观要件为故意,不要求行为人出于特定的犯罪目的,即使出于收藏或者研究的目的而故意非法持有上述物品,也要受到刑罚处罚。而出于收藏或者研究的目的非法持有上述物品而不在社会上传播的,并不会危及法益的安全,但该种行为却要受刑罚处罚,这显然背离了保护法益安全的刑法目的。如果该行为确有禁止的必要,那么也应当由《中华人民共和国治安管理处罚法》或者其他行政法律、法规予以行政处罚。

2.法益保护从属性原则

作为刑事立法的基础性原则,法益保护原则对刑法立法具有引导和制约作用。一方面,凡不是侵害重要法益或者严重侵害法益的行为,均不得予以犯罪化。另一方面,法益保护从属性原则也是刑事立法的重

① 参见[美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第84页。

② 参见何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期。

③ [美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第191页。

④ 参见马克昌:《危险社会与刑法谦抑原则》,《人民检察》2010年第3期。

⑤ [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15页。

要原则。基于刑罚制裁的严厉性,“只有在比较轻缓的手段不能充分保证效果的情况下,才允许适用刑法”。^①“刑罚的威吓是影响最为深刻的一种制裁手段,只有当较为轻缓的规制手段力有未逮时,才能考虑动用刑罚。这被称作从属性原则,它作为划定刑罚界限的准则,具有与法益保护原则完全相同的地位,而且从刑事政策上来看,它至少也和法益保护原则一样重要。”^②法益保护从属性原则作为犯罪化的基本依据,具体地界定了前置法与刑法在法益保护上的位阶关系。该原则还应当成为在刑法体系内界定预防刑法与传统刑法在法益保护上的位阶关系的基本依据。质言之,只有在传统刑法不足以保护重大超个人法益的前提下,才允许制定预防刑法作为补充性的应对措施。因此,应当依据行为特性和危害后果,对多种不同的严重侵害重大超个人法益的犯罪类型进行审慎的评估,以判断传统刑法是否足以形成有效的威慑以及是否需要预防刑法加以补充。事实上,只有少量的严重侵害重大超个人法益的高度危险犯罪,在传统刑法为之提供的事后保护和提早保护难以形成有效的威慑时才需要预防刑法进行补充性的应对;对于绝大部分严重侵害重大超个人法益的犯罪类型来说,传统刑法的制裁手段足以形成有效的威慑,无须预防刑法予以补充。

(二)预防刑法的限度条件

基于宽严相济刑事政策和法益保护从属性原则,运用预防刑法保护重大超个人法益的安全,应当满足以下5项基本的限制性条件。

其一,必须存在严重侵害重大超个人法益的后继犯。预防刑法将刑法的保卫线前移,以存在传统刑法的通常保卫线为前提,相应地,间接危险犯的设置以在立法中已经存在与之相衔接的后继犯为前提。处罚间接危险犯之所以有必要,是因为只处罚后继犯不足以保护重大超个人法益,必须辅之以处罚间接危险犯加以补充,为之提供超前保护。通过既处罚间接危险犯又处罚后继犯,双层设防,延长了重大超个人法益的刑法保卫线。而间接危险犯与后继犯相衔接,并不要求两类犯罪具有形式上的衔接性,而只要存在实质性的衔接即可,也就是说,间接危险犯与后继犯在罪名上可以无文字上的重合,但要求有事实上的阶段递进关系或者协同关系。例如,恐怖犯罪是出于恐怖目的而实施的多种犯罪的集合体,但是在我国刑法中并无该罪名,更谈不上在罪名中含有“极端主义、恐怖主义”。然而,宣扬极端主义、恐怖主义、煽动实施恐怖活动罪通常是恐怖犯罪的预备行为,两种犯罪分别处于犯罪的前后时段,因而存在实质性的衔接,恐怖犯罪是作为间接危险犯的宣扬极端主义、恐怖主义、煽动实施恐怖活动罪的后继犯。

后继犯还必须是严重侵害重大超个人法益的犯罪,也就是说,后继犯严重地侵犯多数人的生命、健康或者财产、名誉等。如果犯罪侵犯的是个人法益或者一般性的超个人法益,或者不是严重地侵害重大超个人法益,那么均没有制定预防刑法的必要性。而如果侵犯的是非刑法保护的法益,那么就更谈不上有制定预防刑法加以补充的必要性。例如,非法利用信息网络罪的规定就属于过度化立法。依据1997年《刑法》第287条之一的规定,非法利用信息网络罪的后继犯不仅包括网络犯罪活动,而且还包括网络违法活动。将高度危险的网络犯罪预备行为实行行为化,即予以补充性的刑法应对,应当认为具有必要性,但是将网络违法活动的预备行为入罪,则背离了实行行为的违法性程度应重于预备行为的违法性程度的刑法常识,进而陷入实行行为不受处罚而预备行为却受处罚的法理困境。因此,应当修改该法条,删除其中的“网络违法活动”。如果认为网络违法活动的预备行为确有禁止的必要,那么也只能由行政法律、法规加以规制。

其二,后继犯必须是高度危险的犯罪。后继犯的高度危险性表现为犯罪的严重性、蔓延性和难以阻止性。严重性主要表现为犯罪行为针对不特定目标,危及多数人的生命或者健康等。蔓延性则表现为犯罪发生后得到其他犯罪组织或者犯罪个体的积极响应,迅速向其他地区扩展,或者持续的时间较长等。难以阻止性主要表现为因技术原因或者社会因素,政府很难采取措施,在短时间内有效地防止犯罪的发生或者阻止犯罪后果的扩大。如果严重侵害重大超个人法益的犯罪不具有高度危险性,那么也没有运用预防

① [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第23页。

② [德]克劳斯·罗克辛:《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,《法学评论》2015年第1期。

刑法加以规制的必要性。

其三,间接危险犯具有引发或者协同后继犯的高度盖然性。虽然后继犯会严重侵害重大超个人法益的安全,因而有必要禁止引发或者协同后继犯的间接危险犯,但是间接危险犯对法益的侵害毕竟是间接的,因而没有必要禁止所有的有可能引发或者协同后继犯的危险行为。只有当某种危险行为具有引发或者协同后继犯的高度盖然性,才有必要制定预防刑法加以禁止。而该高度盖然性的判断必须具有经验依据。只有在深入调查高度危险犯罪状况的基础上,基于犯罪统计数据,证实了某种危险行为确实具有引发或者协同高度危险的后继犯的高度盖然性时,才能将该危险行为增设为间接危险犯加以惩处。

其四,间接危险犯应当具备特定的“明知”构成要素。即行为人明知自己的行为会引发或者协同高度危险的后继犯。由于社会危害程度不太高,因此间接危险犯的成立应当受到更严格的罪责条件的限制。“被犯罪化的行为离被预防的危害越远,危害越不严重,就越要强制要求行为人具有更严重的过错条件。”^①只有在明知自己的行为会引发或者协同后继犯而最终侵害重大超个人法益的情况下,行为人仍决意实施预备行为或者帮助行为,才能表明其罪责程度严重,有在前行为时段受刑罚处罚之必要。从立法看,有些间接危险犯的罪状已经包含特定的“明知”,如帮助网络犯罪活动罪的罪状中有“明知他人利用信息网络实施犯罪”的规定;有些间接危险犯犯罪故意的认识内容包含特定的“明知”,如帮助恐怖活动罪的犯罪故意包含对“资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人”的明知。对于这两类犯罪来说,均无增补特定“明知”构成要素的必要。但是,对有些犯罪来说,不仅刑法未明确规定特定的“明知”,而且犯罪故意的认识内容也不包含该“明知”,如强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰罪。针对这类犯罪,就应当在罪状中补充“明知会导致他人实施恐怖犯罪或者明知他人实施恐怖犯罪”等之类的规定。

其五,预防刑法的超前限度止于后继犯的预备行为实行行为化或者帮助行为正犯化。预防刑法对重大超个人法益提供的是补充性超前保护,且社会成本巨大。这决定了提前处罚的时点必须受到限制,即只能提前一个行为时段。申言之,预防刑法只能将后继犯的预备行为实行行为化或者帮助行为正犯化,而不能更超前。为了保护某种特殊法益,如果有必要在更远的行为时段禁止有可能引发或者协同法益侵害行为的危险行为,那么也只能由行政法律、法规加以规制。

五、结语

在现代化、全球化和信息化等因素相互叠加所共同导致的社会生活复杂程度增高的社会背景下,重大超个人法益面临高度危险犯罪的严重侵害或者威胁,制定预防刑法以弥补传统刑法之不足,是立法者经过慎重考虑做出的理性选择。而预防刑法的特殊属性,并不是将其驱逐出刑法的正当理由。在传统刑法与预防刑法并立的时代,不应当否定后者,应当改变的是刑法教义学的理论范式,改行二元论,视预防刑法为刑法的必要组成部分而与传统刑法并存。刑法教义学的基本原理也应当随之得到修正和发展,为容纳预防刑法而创造和发展出新内涵。无视预防刑法与法益保护之间的内在联系,企图将预防刑法驱逐出刑法,在理论上颠倒了法与社会之间的逻辑关系,在实践上也会使重大超个人法益遭受高度危险犯罪的严重侵害,以致危及社会的公共安全。只要预防刑法被界定为应对严重侵害重大超个人法益的高度危险犯罪的特殊措施,作为对传统刑法的必要性补充,就不会改变刑法作为“犯罪人的大宪章”的本质;相反,它合理地平衡了公民的自由保障与安全需求,必将有助于社会秩序的长期安定并符合公民的根本利益。

责任编辑 田国宝

^① Andrew Ashworth and Lucia Zedner, Prevention and Criminalization: Justification and Limits, 15 New Criminal Law Review, Fall 545 (2012).