

预防性犯罪化立法的正当性及其边界

张永强

【摘要】预防性犯罪化立法是刑法基于风险预防理念而出现的一种新的立法趋势,其正在使刑法从规制实害的消极型立法转向预防风险的积极型立法。在风险社会语境下,预防性犯罪化立法既可以为安全法益提供周延保护,也可以为犯罪圈的理性扩张提供规范路径,因而在目的和手段上能够证成其正当性。不过,预防性犯罪化立法虽然能够较好地契合国家的风险治理需要和公众的安全期待,但其在本质上却是一种扩张的立法模式,附着着国家刑罚权扩张的一切风险,因而其正当性又是脆弱的,面临着法益保护愈加集体化、行为规制愈加边缘化和罪过要求愈加模糊化的正当性冲击。基于对预防性犯罪化立法扩张属性和潜在危险的忌惮,必须为预防性犯罪化立法划定合理的边界,以维持其正当性,具体可以从集体法益扩张下的关联性、比例原则约束下的适当性和实质违法坚守下的补充性三个层面展开。

【关键词】预防性犯罪化;非传统安全威胁;风险社会;正当性边界

【作者简介】张永强,西南政法大学高等研究院专职科研人员,法学院讲师,重庆市高校哲学社会科学协同创新团队“国家毒品问题治理研究创新团队”成员。

【原文出处】《当代法学》(长春),2020.4.104~115

【基金项目】本文系2017年国家社科基金重点项目“预防性反恐刑法问题研究”(17AFX017)的阶段性成果之一。

一、问题的提出:两难抉择中的正当性追问

近年来,为了有效应对不断涌现和蔓延的恐怖主义、网络犯罪、重大传染性疾病、环境污染、基因编辑风险、人工智能风险等非传统安全威胁,各国刑法立法都异常活跃,一种以风险预防为导向的预防性刑法观正在渗入刑法规范体系,“刑法通过提前介入以便有效防控风险的预防性特征逐渐呈现”。^①我国刑法立法也不例外,从《刑法修正案(八)》到《刑法修正案(九)》,一个非常值得关注的现象,就是刑法在国家治理体系中参与风险治理的趋向愈加明显,尤其是为了实现法益保护的早期化,立法者在恐怖活动犯罪、网络安全犯罪等领域进行了大量的预防性犯罪化立法,通过预备行为实行化、共犯行为正犯化、公民合作义务加强等手段,增设了诸如准备实施恐怖活动罪、帮助信息网络犯罪活动罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪以及拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪等预防性罪名。

预防性犯罪化立法的出现,与风险社会的到来有密切关系。在风险社会中,风险认知和风险治理是人类必须重新思考和面对的问题。刑法作为社会治理的一种重要手段,也必须以风险认知和风险治理为导向,在立法上适当调整自己的传统面向,在风险尚未现实化为实害结果之前就主动出击,进行预防性规制,而不再是等到实害发生之后被动善后,进而在其内部逐渐实现从以实害防范为核心转向对风险识别和控制的重视。^②从功能上看,预防性犯罪化立法是刑法从以往规制实害的消极型立法转向预防风险的积极型立法的重要范式,由此也使刑法正在从“原本只是处罚有责的法益侵害行为的最后手段,转变为富有弹性的风险抗制工具”。^③正如有学者所作的形象比喻,“如果把刑法任务比做救火队长,它正在从扑灭火灾的被动角色向预防火灾的主动角色转变,强调与追求社会保护的秩序形塑”。^④

由此可见,预防性犯罪化立法是“风险预防在法

律上的制度化”,^⑤其出现具有深厚的时代背景和现实土壤,能够较好地契合国家的风险治理需要和公众的安全期待。然而,从预防性犯罪化立法的本质看,其代表的仍然是一种扩张的立法模式,天生具有刑罚膨胀的“基因”,附着着国家刑罚权扩张的一切风险,尤其是对公民自由权利挤压和克减的风险。这意味着,预防性犯罪化立法一旦缺乏应有的限制,必然会沦为立法恣意的突破口,刑罚权的不当扩张就会如同洪水猛兽般涌来,不但风险预防的期许会在须臾间化为乌有,而且刑法保障人权和防卫社会的机能也会因此受到前所未有的冲击和贬损。

显然,预防性犯罪化立法在规制风险时,容易陷入两难境地:如果基于对刑罚权不当扩张的忌惮而趑趄不前,则很难实现对以非传统安全威胁为核心的现代风险进行有效规制;相反,如果基于对安全维护的竭力追逐而高歌猛进,则必然又会对公众的自由权利造成难以承受的侵犯。因此,在预防性犯罪化立法已成事实并将继续加强的背景下,预防性犯罪化立法在两难抉择中何以获得正当性,以及正当性边界应该止于何处,是当前立法不能回避的现实问题,也是亟待理论回应的前沿问题。只有证成预防性犯罪化立法的正当性并为其划定合理的边界,才能使其在具体规制风险和维护安全时,不至于又“过度地将处罚深入民众的日常生活中,从而将人罗织入罪,产生不必要的犯罪人”。^⑥

二、刑法预防性犯罪化立法的正当性证成

什么样的立法才具有正当性?这一直以来都是萦绕在法学先贤耳边的古老问题,也是法学研究者长期苦苦思索的未决难题。法的正当性是现代法治的基石,事关国家权力行使的范围和边界,是任何一个法治国家都必须予以回应和解决的问题。不能先验地用“存在的就是合理的”逻辑背书任何一项立法的合理性,^⑦也不能深陷在“恶法亦法”的窠臼中放弃对法正当性的追问,而必须对立法的正当性加以谨慎证成。预防性犯罪化作为风险社会语境下刑法扩张的新范式,在我国新近刑法立法中表现得异常活跃,并将在未来立法中继续加强。因此,极有必要对预防性犯罪化立法的正当性予以证成。在具体的证成路径选择上,可以从目的正当性和手段正当性两

个维度切入。

(一)目的正当性:为风险社会中安全法益提供周延保护

风险社会中刑法的目的和任务并未发生改变,仍然是保护法益,预防性犯罪化立法的正当性同样可以围绕法益保护来展开。^⑧概括来看,预防性犯罪化立法的正当性,在于其能够为风险社会中公众的安全法益提供更加周延的保护。在具体的证成上,可以从风险社会的现实存在性、风险社会语境下安全法益保护的紧迫性和安全法益刑法保护的必要性三个层面递进论证。

第一,风险社会在当下具有现实存在性。众所周知,“风险社会”是德国社会学家乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)教授基于对工业社会现代化的反思性观察而提出的,其发现工业社会的发展引发了一个不争的事实,那就是“在现代化进程中,生产力的指数式增长,使危险和潜在威胁的释放达到了一个我们前所未有的程度”。^⑨而这些未知危险和潜在威胁的集中释放,使得公共决策和社会治理不能再单一地围绕财富分配来进行,而必须将风险分配也纳入其中。贝克教授在具体阐述风险社会理论时,还对“风险”进行了界定,认为其是指“系统地处理现代化自身引致的危险和不安全感的方式,……是与现代化的威胁力量以及现代化引致的怀疑的全球化相关的一些后果”。^⑩这说明,风险社会理论中的风险除现代化的技术性风险外,还包括应对这些技术性风险而产生的制度性风险。对于当下现代社会是否属于贝克教授所言的风险社会,学界产生了激烈的争论,反对者的理由,往往是现代社会已经跨越了工业社会阶段,现代社会中的风险已不是工业社会中的风险。笔者认为,这可能是对风险社会理论的误读和不当运用。因为风险社会理论属于解构性理论,具有一定的开放性,其关注点不在于界定某个社会阶段是否属于风险社会,而在于从全新的风险视角观察社会的发展以及发展中出现的问题。从风险视角来看,无论如何都无法回避和否认的事实是,我国当前所处的社会阶段,确实出现了不同于以往的新风险,尤其是以恐怖主义、环境污染、网络安全、人工智能、重大传染性疾病、基因编辑、生物安全等为代

表的非传统安全威胁,正在成为影响民众生产、生活甚至生存的新威胁,其破坏性之大、波及面之广、传播率之快,从当前作为重大传染性疾病新冠肺炎“大流行”中就可可见一斑。除此之外,我们在应对这些前所未有的技术性风险时,囿于认知的肤浅性、手段的有限性和决策的应急性,往往还会诱发极易造成二次伤害的制度性风险。显然,如果正视我们当前所处的社会阶段和所面临的现实威胁,就会发现风险社会在当前的现实存在性是不证自明和毋庸置疑的,每个人在社会生活中的切身感受早已胜过了任何文字阐述和逻辑论证;同时,我们所处的风险社会是否属于贝克笔下的风险社会已经变得不重要,因为“风险不是事物的真实状态,而是思考事物和处理事物的一种价值判断方式”,^⑩重要的是风险社会已经成为我们不得不面对的时代背景和叙事前提,必须采取一系列措施对这些前所未有的风险进行治理,进而降低或者减少其现实化的可能性和潜在的危害性。

第二,风险社会语境下安全法益保护具有紧迫性。贝克教授在阐述阶级社会和风险社会的推动力时,分别将其解释为“我饿”和“我怕”。^⑪其中,“我饿”反映的是在阶级社会中,公众的需求主要集中在衣、食、住、行等维持基本生存的要素方面,这也是马斯洛需求层次理论中最低级的需求,社会治理的核心矛盾体现在公众强烈的生存需求与短缺的物质供给上,国家最主要的任务就是努力为公众创造和提供充足的生产生活资料;而“我怕”则反映的是在风险社会中,公众的需求已经发生了重大转变,不再是对以往单纯维持基本生存的要素的低阶需求,而是更高一阶的安全需求,即免遭外界侵害的需求。正如有学者所言,风险社会“所带来的伤害不仅会对社会生活产生巨大影响,而且也使人们在混乱来临之前就已经产生了恐慌,这就是那个被作为社会生活结构和国家安全的决定性元素——不安”。^⑫而弥散在风险社会中的这种“不安”感,在传播时又会出现“飞去来器效应”,无论是富贵者还是贫穷者,亦无论风险生产者还是风险受益者,都会被裹挟其中。这说明,风险社会中的“不安”,不仅“客观地展示了人们对现代社会的主观感受”,^⑬而且会超越主体性差

异而成为社会公众的共同焦虑。显然,在风险社会语境下,随着技术性风险和制度性风险的不断涌现和叠加,公众的不安全感会越来越强烈,这必然会凸显公众安全法益保护的现实紧迫性。同时,风险社会语境下的国家治理能否得到公众的认同和支持,在一定程度上就取决于国家能否为公众的安全法益提供充足的保障。

第三,安全法益具有刑法预防性保护的必要性。在风险社会语境下,尤其是当前不断涌现和蔓延的非传统安全威胁的刺激下,弥散在社会交往中的“不安全感”会迅速集聚和升级,并演变成公众强大而持久的安全诉求和舆论压力。这一诉求和压力传导至国家治理场域,就会对国家的风险治理体系和治理能力提出更高的要求,公众会迫切地希望政府采取一切手段对风险进行预防和控制,而政府也必须将风险治理纳入公共决策机制,并作为优先考虑事项和公共服务内容,采取一系列积极措施对风险进行治理。在此过程中,刑法作为社会治理的重要工具,应对不确定的风险和维护安全秩序就会成为其必须实现的主要目标,^⑭刑法也必须肩负起风险治理和安全法益保护的重任,将社会结构变迁的维度整合进来,增强自身体系的自主性和应变性,^⑮对侵害或者威胁公众安全法益的风险行为进行治理。按照传统观点,作为最严厉和最终极的社会治理手段,刑法所规制的行为必须是具有严重社会危害性或者法益侵害性的行为,而且基于谦抑性原则的限制,刑法只能在其他前置性的法律规范对相关行为无法实现有效规制时,才能以补充法的角色承担起社会防卫义务,发挥打击犯罪和保障人权的功能。而从风险社会中不断涌现的非传统安全威胁来看,无论是恐怖主义、网络犯罪、环境污染、重大传染性疾病等已经显现的威胁,还是人工智能、基因编辑、生物科技等正在显现的威胁,都表现出了严重的社会危害性和对公众安全法益的冲击,而且在范围和程度上都远远超过了传统威胁,这些威胁一旦现实化为客观的危害结果,对任何个人、组织、国家乃至全人类而言,都是无法承受的。21世纪以来,恐怖主义在全球范围内的蔓延和当下新冠肺炎疫情在世界各地的肆虐,都充分地说明了这一点。从目前非传

统安全威胁的应对体系来看,除技术性防控措施外,还必须构建完备的制度体系,尤其是现代化的法律制度体系。而在此其中,仅凭民商法、行政法、经济法等前置性的法律规范,尚不足以构建强有力的风险应对体系,对于严重侵犯或者威胁公众安全法益的行为,必须由刑法予以规制。而在具体的规制路径上,以往基于害害的事后规制模式已经变得于事无补,必须在害害现实化之前的风险形成阶段就对其进行预防性规制。

(二)手段正当性:为犯罪圈的理性扩张提供规范路径

手段是实现目的的途径。以正当的手段实现正当的目的,应该是人类任何一项行动最基本的要求。但是,“目的正当性并不能轻易‘圣洁化’一切严厉手段”,^⑩目的正当性也不能直接代表手段的正当性。刑法作为限制和剥夺公民财产、自由乃至生命的法律,在进行预防性犯罪化立法时,除目的上必须具有正当性之外,在手段上也必须具有正当性,否则就不能进行相关立法。整体来看,预防性犯罪化立法的手段正当性,在于其能够为风险社会犯罪圈的理性扩张提供规范路径。在具体证成上,可以从预防性犯罪化立法中常见的预备行为实行化、共犯行为正犯化和公民合作义务加强三种手段来展开。

第一,预备行为实行化的正当性。在预防性犯罪化立法中,预备行为实行化主要是指立法者基于法益保护的需要而直接将犯罪预备行为独立规定为刑法分则罪名的立法手段。《刑法修正案(九)》增设的“准备实施恐怖活动罪”,就属于典型的立法者通过预备行为实行化的手段增设的新罪名。预备行为实行化的正当性,在于随着某类犯罪的不断增多和演变升级,其预备行为的法益侵害性日益凸显,为了实现对特定法益的周延保护,刑法立法有必要脱离形式预备犯的归责约束,直接在刑法分则中设置独立的实质预备犯。以恐怖活动犯罪为例,近年来,随着恐怖主义在全球范围内的扩散,我国的恐怖活动也极为猖獗,发生了一系列骇人听闻的暴力恐怖袭击案件。透过这些案件可以清晰地发现,为实施恐怖活动犯罪而创造条件或者准备工具的预备行为,其

社会危害性越来越严重,如果仅通过形式预备犯的规定对这些行为进行处罚,则很难做到罚当其罪,而通过预备行为实行化的手段将这些具有严重社会危害性的预备行为直接定型化为刑法分则罪名规定的实行行为,不仅可以体现“重在防范、打早打小和从严惩治”的反恐刑事政策精神,^⑪而且可以理性扩张反恐犯罪圈,对恐怖活动犯罪实现有效的严厉规制和事前预防,同时降低证明和归责的难度。

第二,共犯行为正犯化的正当性。在预防性犯罪化立法中,共犯行为正犯化主要是指立法者基于法益保护的需要而直接将共犯行为独立规定为刑法分则罪名的立法手段。《刑法修正案(九)》增设的“帮助信息网络犯罪活动罪”,就属于典型的立法者通过共犯行为正犯化的手段增设的新罪名。共犯行为正犯化的正当性,同样在于特殊犯罪共犯行为的法益侵害性,可以独立于正犯行为来显现,甚至其社会危害性会超越正犯行为。基于此,极有必要在共犯行为的处罚上,摆脱以往对正犯行为评价的依附,而直接通过立法对共犯行为进行独立评价和处罚。这一点可以从网络犯罪中得到很好的印证。当前,我们正处在信息网络时代,网络犯罪表现出了全新的特点,尤其是信息技术人员和网络服务提供者可以通过“一对多”的链接模式,同时与海量的用户端进行线上沟通和联系。而一旦这种链接模式被用于实施犯罪,处于“帮助”地位的技术支持行为或者网络服务提供行为的危害性就会远远超过实行行为,但由于存在明显的“与正犯之间犯意联络的虚化、双重帮助故意标准的弱化以及‘无正犯的共犯’情形的泛化”等问题,^⑫因而会出现按照传统共犯理论难以对共犯行为进行归责的尴尬局面。而直接通过共犯行为正犯化的立法手段,将这些共犯行为规定为独立的罪名所对应的实行行为,不仅可以巧妙避开共犯行为归责上的尴尬,而且在处罚上也可以做到罚当其罪。

第三,公民合作义务加强的正当性。在预防性犯罪化立法中,公民合作义务加强主要是指立法者基于法益保护的需要而在刑法中强制赋予公民参与犯罪治理义务的立法手段。《刑法修正案(九)》增设的“拒不履行信息网络安全管理义务罪”和“拒绝提供

间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪”，就属于典型的立法者通过刑法立法方式强制赋予公民参与犯罪治理义务的新罪名。公民合作义务加强的正当性，在于风险社会语境下以往一元的国家犯罪治理模式出现了疲软和式微，已经难以满足公众的安全诉求，也无法为公众利益提供充足的刑法保障，犯罪治理模式必须迈向二元化或者多元化，犯罪治理义务也必须向公众适当倾斜。正如有学者所言：“面对风险社会的挑战，无论是社会治理结构的调整，还是国家治理模式的变革，现代各国孜孜以求的是以治理主体的多元化、治理决策的民主化、治理方式的柔性化、治理空间的社会化为核心的社会治理再造。”^③申言之，虽然国家是公民权利让渡后组成的共同体，从其诞生之时就负有保护公民权利免遭侵害的职责，但在面对风险社会中以非传统安全威胁为核心的现代风险时，单纯依靠国家是很难实现风险规制目的的，这时最需要的就是公民与国家的合作。而这种以刑法干预为手段来实现社会风险的预防与控制的合作模式，势必增加公民的刑法义务。^④这虽然在一定程度上是对公民权利的挤压，但从功利主义立场来看，面对风险社会中前所未有的非传统安全威胁，这种合作却又可以保全更多的权利和利益免遭侵害。因此，在现代风险规制中，以公民合作义务加强为手段的预防性犯罪化立法具有正当性。

三、预防性犯罪化立法正当性面临的冲击

如前所述，在风险社会语境下，预防性犯罪化立法能够与国家的风险治理需要和公众的安全诉求相契合，无论是在立法目的上还是在立法手段上，都可以获得一定的正当性。但是，从本质上来看，预防性犯罪化立法又是现代刑法扩张的新模式，是国家刑罚权向公民自由权利领域的进一步延伸和渗透，这必然意味着预防性犯罪化立法的正当性是脆弱的，面临着诸多冲击，必须对此保持警惕。概括来看，预防性犯罪化立法的正当性所面临的冲击，主要体现在法益、行为和罪过三个方面。

(一)法益保护愈加集体化

预防性犯罪化立法的正当性来源之一，就是其能够为风险社会中公众的安全法益提供更加周延的

保护，但从预防性犯罪化立法实践中所具体保护的安全法益的内容来看，却不断地出现了超个人的集体化趋势。正如劳东燕教授所言：“如果说传统刑法主要关注的是侵害个体法益的犯罪，那么，在风险社会的背景下，立法者关注的重大议题日益地变成侵害集体法益的犯罪，尤其是那些可能严重危及或破坏社会系统的犯罪。”^⑤从实践来看，预防性犯罪化立法更倾向于将诸如公众健康、公共安全、管理秩序、社会安宁、道路交通安全等为社会公众所共享的集体法益作为刑法保护的对象。甚至在个别情况下还会“直接将社会组织或者单位的功能正常运转或者公民对于秩序或者体系的信赖作为刑法上的法益加以保护”。^⑥显然，这在一定程度上意味着刑法成了“一种单纯的社会控制手段，刑法保护对象不再是古典法益，而是使社会稳定的制度而已”。^⑦

从我国近年来的预防性犯罪化立法来看，刑法所保护的法益在超个人的集体化发展方面也非常显著。例如，为了预防性地保护道路交通安全或者交通运输管理秩序这一超个人的集体法益，《刑法修正案(八)》就增设了危险驾驶罪，将道路上驾驶机动车追逐竞驶和醉酒驾驶的行为纳入了刑法规制的范畴。在此基础上，《刑法修正案(九)》进行了进一步的扩张，将从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的行为，以及违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的行为，也被纳入了该罪的规制范畴。再如，《刑法修正案(九)》针对网络犯罪、恐怖活动犯罪增设的一系列相关罪名，其目的都是为了对这些犯罪实现预防性规制，但在具体的法益上，也均表现为超个人的集体法益。

从逻辑上讲，刑法预防性犯罪化立法在保护法益上之所以出现超个人的集体化趋势，主要是因为预防犯罪化立法所面向的是风险社会到来后不断涌现的现代风险，而现代风险的最大特点，就是充满了不确定性和无差别性，一旦这些风险现实化为客观的危害结果，影响的不只是单一的个体，而是整个社会群体。因此，刑法立法必须在相关风险行为尚未引起现实的法益侵害结果或者具体危险之前，就对风险行为进行预防性规制，尤其是“在附加严格限制

条件的情况下超前防御,把某些特殊的、影响严重的、未造成‘实害’的行为独立设置为罪”。^⑤显然,预防性犯罪化立法“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”。^⑥换言之,预防性犯罪化将刑法的“保卫线”向前延伸,其目的就是有效地保护公众的安全法益。不过,在具体设置罪名时,由于是对危险行为的规制,所以很难通过实害犯的模式加以构造,只能以危险犯的模式进行构造。

但是,这种以危险犯为代表的构造模式容易导致的结果是,刑法规制的行为已经不再是传统意义上的实害行为,而是基于社会经验推定甚至是立法者直接拟制的危险行为。当通过刑罚的方式对这些危险行为进行处罚时,法益保护集体化带来的法益稀薄化弊端就会显现:一方面,在司法裁判中,法官无需再去判断行为是否真的对作为保护客体的法益具有真实危险性,“只要有相应的行为或者举动就可以被评价为对法益具有抽象危险”,^⑦进而可以径直作出裁判,这必然会给法官的自由裁量甚至超法规裁量留下过大空间;另一方面,在立法上,以往“为刑法的保护对象提供了经验的、事实的基础”的法益概念,^⑧也会逐渐丧失应有的立法批判机能,难以再对国家的制刑权形成有效约束。显然,预防性犯罪化立法中保护法益的集体化,会“进一步加剧刑法作为保证法治国的自由工具与回应现代生活的高危风险之间的博弈,使刑法的正当性命题更为扑朔迷离”。^⑨

(二)行为规制愈加边缘化

刑法所关注和规制的对象是行为而不是其他,无行为则无犯罪,这是传统刑法理论的共识。国家之所以能够对某一社会成员施以刑罚处罚,唯一的正当性根基,就在于这一社会成员在客观上实施了刑法所禁止的危害社会的行为,如果其根本没有实施危害社会的行为,即使在主观上具有危害社会的想法,也不能将其评价为犯罪,更不能对其进行刑罚处罚。显然,这种观点和立场可以有效地制约国家的刑罚权,避免单纯的思想被当作犯罪处理。建基于社会契约和启蒙思想之上的传统刑法体系,就是剔除了中世纪以来“思想入罪”的糟粕后围绕行为建构起的行为刑法理论体系和规范体系。从我国现行

刑法规范体系来看,刑法立法所坚持的就是行为刑法的立场,刑罚处罚的对象不仅是符合犯罪构成要件的类型化的社会危害行为,而且是直接针对法益的实行行为,对于诸如犯罪预备行为、共同犯罪中的帮助行为和教唆行为,以及持有行为等边缘行为,除特殊情况下出于对重大法益保护的需要外,一般都排除在刑事可罚性的范围之外。

在刑法上将可罚的行为限缩为处于核心地位的实行行为,主要有两方面的原因:一方面,在对法益造成现实侵害或者紧迫危险的众多行为中,只有实行行为的类型化程度最高,而且对法益造成的侵害或者威胁也最为明显,容易被立法者准确识别和清晰界定,对其进行处罚,既能够充分彰显惩罚正义,也能够充分发挥刑法对公众行为和法官裁判的指引功能;另一方面,基于对刑法作为补充性法益保护手段的属性和谦抑性原则的坚守,只对犯罪实行行为进行刑罚处罚,可以有效地避免犯罪圈的过度膨胀和刑事处罚的泛滥,保持刑法应有的克制和理性,更好地平衡打击犯罪与保障人权两大机能之间的关系。正是基于此,以犯罪实行行为为核心来建构刑法规范体系,是大多数成文法国家普遍认可和青睐的做法。

然而,从风险社会语境下刑法的立法实践来看,为了应对人类社会发​​展至今出现的前所未有的现代风险,尤其是容易导致社会结构分崩离析的非传统安全威胁,刑法立法中实行行为的核心地位出现了弱化迹象,基于风险预防和控制的需要,以往处于边缘地带的犯罪预备行为、帮助行为、教唆行为、持有行为甚至一些中立的社会行为,开始被立法者重视,并通过预防性犯罪化立法的方式将其逐渐纳入了刑法规制的范畴。《刑法修正案(九)》在网络犯罪、恐怖活动犯罪中增设的相关新罪名,就可以充分地证明这一点。

从结果来看,这些以往处于边缘地带辅助、加工犯罪行为的行为,一旦通过预防性犯罪化立法成为刑法中独立罪名所规制的行为,其就在形式上获得了与真正的犯罪实行行为同样的地位,同时在具体的评价、归责和处罚上也获得了独立性,不再像以往需要依附于真正的实行行为。显然,这种类似于拟

制实行行为的做法,确实能够在最大程度上实现风险预防和法益保护的目的。不过,这种做法给预防性犯罪化立法正当性带来的挑战和冲击也是非常明显的,主要体现在三个方面:一是这些拟制的实行行为指向的是未然的风险,对法益造成的威胁及其程度很难被准确地证明和清晰地描述,容易出现立法恣意和象征性立法;二是这些拟制的实行行为从原本不罚或者例外处罚的状态直接变为刑法上的必罚状态,容易使犯罪圈出现不当扩张;三是这些拟制的实行行为缺乏定型性,容易对刑法的行为指引功能和裁判指引功能造成贬损。

(三)罪过要求愈加模糊化

一般而言,刑法所规制和处罚的危害行为,是行为人主观罪过支配下的危害行为,而不能是无意识的行为。同时,“主观计划必须要被客观行为所征表,进而避免仅仅是对作为行为人内心自由的‘邪念’加以处罚”。^⑧这说明,在决定是否要对某一行为进行刑事处罚时,不仅要看客观上是否存在危害社会或者侵害法益的行为,而且要对行为主体实施这一行为时的主观认知进行考察,如果根本不存在故意或者过失的主观罪过,则不能对其进行处罚。将此要求反馈至刑法立法机制,就要求立法者在刑法立法时必须对构成犯罪的主观要件予以明确规定,除了个别严格责任的情形之外,不能规定无罪过或者罪过不明的犯罪。这既是罪刑法定原则和主客观相统一原则的必然要求,也是刑法立法必须以一般公众的认知和预期为限度的应有之义。

然而,从预防性犯罪化立法实践来看,在预防性罪刑规范构造中,却出现了罪过愈加模糊的现象。例如,我国《刑法》第120条之一规定的“帮助恐怖活动罪”,在罪状中只是明确了“资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人的或者资助恐怖活动培训”和“为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员”的行为属于帮助恐怖活动的行为,但并没有对行为人的主观罪过进行明确,对于主观上根本没有认识到自己是在帮助恐怖活动或者自己实施的是帮助行为的行为人是否需要定罪处罚,在立法上就缺乏明确指引;再如,《刑法》第120条之六规定的“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”也

存在类似问题,立法上并没有明确持有的意图,对于仅在客观上持有宣扬恐怖主义、极端主义物品,但并无宣扬的意图和宣扬行为的行为人是否需要定罪处罚的问题,也很难在立法上得出确切的结论。

显然,预防性犯罪化立法中出现的这种罪过要求的模糊化,不仅可以技术性地消减或者转移证明犯罪的责任,降低犯罪证明的难度,而且可以基于风险预防的需要,将更多的危险行为纳入刑法规制的范畴。但是,由此造成的问题以及对预防性犯罪化立法正当性造成的冲击也是非常明显的。首先,罪过的模糊化会使犯罪的证明责任尤其是主观罪过的证明责任借助立法推定的办法被转移或者取消,^⑨这容易造成不公正甚至错误的处罚;其次,罪过的模糊化会使刑法对法官裁判和公众行为的指引功能丧失,不仅法官难以依法裁判,而且公民也无法依法安排自己的行为;再次,罪过的模糊化会在立法上为司法的有罪推定埋下种子,会使刑法的人权保障机能受到严重贬损;最后,罪过的模糊化会使主客观相统一的原则在预防性罪名的适用中难以得到贯彻。

四、预防性犯罪化立法正当性的边界划定

作为对风险社会语境下公众安全诉求的积极回应,预防性犯罪化立法确实能够为公众的安全法益提供更加周延的刑法保护,并以此获得正当性。但是,我们也应该清醒地认识到,预防性犯罪化立法是“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,也让社会付出了昂贵的成本”,^⑩因而其正当性又是比较脆弱的,面临着诸多冲击,一旦超越必要的边界,就容易出现正当性危机。因此,基于对预防性犯罪化立法扩张属性和潜在危险的忌惮,以及维持其正当性,必须为预防性犯罪化立法划定合理的边界。

(一)集体法益扩张下的关联性边界

在现代刑法学中,法益不仅是一个极其重要的概念,而且是一个最基础的概念。德、日等国的理论通说认为,法益既是刑法建立刑罚正当化的前提条件,亦是特定行为入罪化的实质标准。^⑪从功能来看,法益不仅在定罪过程中可以发挥准确判断犯罪构成要件的指引功能,而且在立法过程中也可以发挥立法批判功能,同时还可以发挥贯通刑事政策与

刑法体系的功能。^③因此,预防性犯罪化立法作为刑法基于风险预防而进行的一种扩张型立法新模式,必须从法益的角度为其正当性划定合理边界。

何谓法益?在理论上存在激烈的争论,德国学者克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)教授认为,法益是指“在以个人及其自由发展为目标进行建设的社会整体制度范围之内,有益于个人及其自由发展的,或者是有益于这个制度本身功能的一种现实或者目标设定”。^④乌尔里希·齐白(Ulrich Sieber)教授认为:“所谓法益则是指个人的或者公共的特别重要以及值得保护的利益或者‘功能单元’。”^⑤日本学者松原芳博教授认为:“法益是将需要刑法加以保护的事务具体化、对象化……它必须是在经验上可以把握的实体。”^⑥张明楷教授认为,法益是指“根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益”。^⑦从学界这些不同的界定来看,有两个方面是可以达至共识的:一方面,法益所指向的利益必须是那些存在于人们现实生活中能够为个体感知和享有的利益,即法益具有“社会现实生活中的实在性”;^⑧另一方面,刑法并不保护所有的法益,只保护那些被立法者筛选出来的比较重要的且值得刑法保护的法益。

从预防性犯罪化立法来看,为了能够对风险实现更前阶的预防性规制,立法者开始把刑法保护的法益拓展为公众健康、公共安全、管理秩序、社会安宁、道路交通安全等为社会公众所共享的集体性法益。显然,预防性犯罪化立法在法益层面的这种拓展,明显超越了传统意义上那些为个体所享有的生命、自由、财产、荣誉等以个体利益为中心的法益概念。学界也将此描述为“法益概念的精神化”,并认为法益概念因此丧失了立法批判功能。笔者认为,对待法益概念,应该用发展的眼光看待,不能过于封闭或者滞后,法益本身并不是立法者创造的产物,而是“立法对于已经存在的人类社会生活之核心利益发掘承认的结果”,^⑨虽然法益的出现最初是为了保护实在性的个体利益,但当个体利益聚合成的集体利益或者个体利益赖以存在和发展的秩序面临的威胁加剧时,同样值得法律保护,不然个体法益会因此受到更大的侵害。

由此可见,不能简单地认为将法益限缩在个体利益的范畴,就是对法益立法批判功能的最大坚守,也不能因为风险社会语境下刑法开始保护集体性利益,就轻率地认为法益概念丧失了立法批判机能。在风险社会中,除个体法益外,刑法对社会公众共同生活来说不可欠缺且值得刑法保护的价值、制度和状态进行保护同样是必要的。固守以往以个人法益保护为中心的刑法立法模式,无法有效回应现代社会的各种风险和挑战。当然,肯定集体性利益刑法保护的必要性,并不是要完全脱离个体利益的保护,进而毫无约束地走向集体利益绝对化的另一个极端。集体法益不能沦为刑罚“柔软而正当”地进行扩张的关键因子,^⑩仍然要发挥制约刑法立法的功能。集体法益与个体利益在刑法保护上不应该是完全割裂的,而应该是相互贯通的,个体法益仍然是刑法保护的基础,刑法保护集体性利益的目的仍应该是个体利益能够得以更好地实现和发展。

因此,预防性犯罪化立法在保护集体性利益时,必须要确保意欲保护的集体性利益与个体法益的保护之间存在关联性,不能将与个体法益毫无关联的集体性利益作为刑法保护的对象。换言之,集体法益应当以保护个人的利益为基础和目标,要尽量防止以保护个人法益的名义不当增设前置性的集体法益;同时,集体法益的刑法保护应贯彻从属性原则并划定相对清晰的边界。^⑪这是预防性犯罪化立法在法益层面必须坚守和不可逾越的正当性边界。此外,在具体进行预防性犯罪化立法时,必须尽可能精确地形塑拟保护的集体法益,并且“将其透过个人法益来加以功能化”,^⑫以便更好地限制刑罚权的不当扩张。

(二)比例原则约束下的适当性边界

从渊源上讲,学界通说认为比例原则(the Principle of Proportionality)来源于1215年英国《自由大宪章》有关犯罪与处罚应具有衡平性的规定,即民众不得因为轻罪而受到重罚。^⑬此后,在社会契约论和人权保障理念的进一步影响下,比例原则发展成为公法领域一致认可和广泛适用的原则,甚至上升到了宪法层面。比例原则的价值“在于其针对人类行为中无处不在的‘权衡’进行了高度理性化的处理和精

巧细密的思考路径设计”,^⑤可以“在立法、司法与执法过程中对国家的公权力与公民的基本权利之间的边界划分上起着指导与制约作用”。^⑥因此,在作为国家预防行动的预防性犯罪化立法中,比例原则同样具有广阔的适用前景,可以为预防性犯罪化立法的正当性划定边界。正如有学者所言:“基于宪法基本权利规定的法益保护原则和比例原则,无论社会如何变迁,始终是刑法必须遵循的基本原则,更是风险社会时代刑事立法不可动摇的铁则。”^⑦

一般而言,比例原则包括三个子原则:一是适当性原则,即国家通过法律的干预手段必须能够促使或者有助于公益目的的实现,否则就是不适当的;二是必要性原则,即在所有能够达成目的的手段中,必须选择对民众权利损害最小、最温和的手段;三是相当性原则,即国家所采用的手段必须与追求的利益以及法信仰之间达成平衡,不给民众造成过度的负担。显然,传统比例原则的三个子原则,主要是对公权力行为所选择的手段进行的评价,它们并不直接关心公权力行为目的的正当与否。^⑧因此,将比例原则作为划定预防性犯罪化立法正当性边界必须坚持的原则,从本质上讲就是要求预防性犯罪化立法在对风险行为进行规制时,在所采取的手段与所欲达成的目的之间,应该保持一个合理、适当及公允的比例关系,禁止不成比例的预防性犯罪化立法出现。正如有学者所言:“立法在设置保护公共秩序等集体法益的构成要件时,应当更加强调目的与手段的合比例性,避免借公共秩序为名,行克减公民自由之实。”^⑨

具体而言,通过比例原则约束预防性犯罪化立法中的制刑权,划定预防性犯罪化立法的正当性边界,可以从以下三个方面展开:

一是考察手段的有效性,即预防性犯罪化立法是否是应对风险的有效手段。在风险社会语境下,预防性犯罪化立法是国家应对以非传统安全威胁为核心的现代风险的主要手段,其目的就是不断涌现的现代风险进行预防性治理,以免其对公众利益、整体安全及社会运转造成不可逆转的破坏。因此,立法者在通过预防性犯罪化立法的手段对某种社会风险进行预防性治理时,必须要能够证明这种手段

是有效的,即能够达成风险治理的目的,否则就不能进行预防性犯罪化立法。正如张明楷教授所言:“在以刑罚处罚某种行为时,必须考虑刑罚是不是达成目的的适当手段;由于刑罚是侵害权利最严厉的手段,所以,需要检讨是否有必要采用刑罚这种手段,以及采用刑罚手段可能带来的不利后果,从而使刑罚与犯罪行为的重要性以及行为人的责任程度之间形成适当的关系。”^⑩

二是考察手段的必要性,即预防性犯罪化立法是否是应对风险的必要手段。从现代社会风险治理体系来看,人类应对风险的手段是多元的,并不仅限于刑法手段,徒刑法也不足以达至风险治理的目标,而刑法被当作风险治理的手段或者工具时,往往又是以限制或者剥夺公民财产、自由乃至生命的“凶恶”面目出现的。因此,在追求维护个体、社会及国家的整体安全目的而采取预防性犯罪化立法的手段应对风险时,必须要能够证明不存在其他更佳的手段,否则不能进行预防性犯罪化立法。换言之,就是要求在选择刑罚手段应对风险时要争取做到对犯罪人的侵害最小。正如美国学者凯斯·R. 孙斯坦(Cass R. Sunstein)教授所言:“除非法律作出了相反的要求,对风险规制的司法审查应当要求规制机构在对成本和收益都作出合情合理的评估的基础上,证明规制措施能够带来超过成本的好处。”^⑪

三是考察手段与目的之间的比例性,即预防性犯罪化立法与应对风险的目的之间是否合比例。采取预防性犯罪化立法的手段应对风险时,虽然可以达到保障个体、社会及国家安全免受非传统安全威胁冲击的目的,但在达至此目的之前,必须衡量这一目的达成与采取预防性犯罪化立法手段之间的比例关系,也即衡量在运用刑法规制相关危险行为时所丧失的利益是否小于所获得的利益,预防性犯罪化立法不能与意欲追求的目的以及风险行为所需的限制程度之间不成比例。

(三)实质违法坚守下的补充性边界

如前所述,由于预防性犯罪化立法主要面向的是未然风险,所以在具体创制预防性刑罚规范时,构成要件所能够涵摄的行为,只能是处于法益侵害边缘地带的间接危险行为,如犯罪预备行为、帮助行

为、教唆行为、持有等。而与直接造成法益侵害结果的实行行为相比,这些间接危险行为一般都不是直接导致法益侵害结果产生的行为,而是一种“本身不具有危害,但事实上诱使其他独立主体实施具有危害性的犯罪行为”的行为。^②正因为如此,预防性犯罪化立法所规制的行为,难以在立法上被严格的定型化,距离实质违法性的要求会越来越远,因而在违法性判断上会变得扑朔迷离和捉摸不定,甚至容易出现纯粹规制危险的预防性罪名。这不仅有损刑法的谦抑品性,而且容易削弱刑法的人权保障机能。因此,准确判断预防性犯罪化立法所规制的间接危险行为的违法性,有助于划定预防性犯罪化立法的正当性边界。

为此,有学者认为,应当坚持实害性原则来充足预防性犯罪化立法所规制的间接危险行为的违法性,即“对实害性原则的坚持,恰是因为预防性路径主导下的刑法范式在入罪的标准上放松了对行为所造成的实害的考量,加重了对行为人危险属性的考察”。^③也有学者从引发或者协同后继犯高度盖然性的角度提出了间接危险行为违法性的判断标准,即“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”。^④比较来看,这两种观点都在尝试为违法性较弱的间接危害行为寻求处罚边界,只是具体路径上有所差别,第一种观点倾向于回归传统实害性原则,而第二种观点更倾向于从引发法益侵害结果的盖然性着手,二者对预防性犯罪化立法都具有非常重要的参考价值 and 指导意义。

笔者认为,鉴于风险社会语境下公众的安全法益需要更加周延、有力的保护,通过预防性犯罪化立法的手段对间接危险行为进行处罚是极为必要的,但需要注意的是,这种必要性并不意味着要将所有可能的间接危害行为都纳入刑法规制的范畴,必须基于刑法作为补充法的地位,通过实质违法性原则来对间接危害行为进行筛选。而在实质违法性的具体判断上,立法者必须要能够找出充足的证据和理由说明间接危害行为与意欲保护的法益之间或者造成法益侵害的结果之间具有密切的关联性,否则不

能将一个与法益侵害结果之间无关联或者弱关联的行为进行预防性犯罪化立法。以重大传染病疫情防控中出现的妨害疫情防控的行为为例,基于防治重大传染病这一非传统安全威胁的需要,在以刑法立法的方式对相关妨害行为进行预防性规制时,“不能以实行行为的判断取代危害结果的判断”。^⑤申言之,行为是否违反《传染病防治法》的规定,仅仅是完成了违法性的形式判断,不能直接据此进行预防性犯罪化立法或者设置预防性罪名,还必须以行为是否引起了传染病传播的结果或者有传播严重危险来进行违法性的实质判断。只有这种补充性的判断能够肯定实质违法性的存在,预防性犯罪化立法才是正当的,否则就会出现立法恣意下国家刑罚权对公民权利的不当干预。

注释:

①付立庆:《论积极主义刑法观》,《政法论坛》2019年第1期,第100页。

②参见周榛嫻:《以风险评估为基础之新刑罚学》,《月旦法学教室》2013年第124期,第52-59页。

③古承宗:《刑法的象征化与规制理性》,元照出版有限公司2017年版,第63页。

④姜涛:《社会风险的刑法调控及其模式改造》,《中国社会科学》2019年第7期,第118页。

⑤刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第83页。

⑥蔡振荣:《行政处罚与刑事罚界限问题之探讨》,《法令月刊》2014年第1期,第65页。

⑦参见张永强:《终身监禁死刑替代功能的立法反思》,《现代法学》2020年第2期,第195页。

⑧参见何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期,第152页。

⑨[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第15页。

⑩前引⑨,乌尔里希·贝克书,第19页。

⑪[美]奥斯汀·萨拉特:《布莱克维尔法律与社会指南》,高鸿钧等译,北京大学出版社2011年版,第319页。

⑫参见前引⑨,乌尔里希·贝克书,第57页。

⑬薛晓源、刘国良:《法治时代的危险、风险与和谐》,《马克思主义与现实》2005年第3期,第26页。

⑭焦艳鹏:《生态文明保障的刑法机制》,《中国社会科学》2017年第11期,第80页。

⑮参见高铭喧、孙道萃:《预防性刑法观及其教义学思考》,《中国法学》2018年第1期,第167页。

⑯参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期,第127页。

⑰[德]马克斯·韦伯:《学术与政治》,钱永祥译,广西师范大学出版社2004年版,第262页。

⑱参见郎胜:《我国刑法的新发展》,《中国法学》2017年第5期,第29页。

⑲参见刘仁文、杨学文:《帮助行为正犯化的网络语境——兼及对犯罪参与理论的省思》,《法律科学》2017年第3期,第124页。

⑳田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,《中国法学》2020年第1期,第177页。

㉑参见前引⑧,何荣功文,第147页。

㉒劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期,第19页。

㉓王永茜:《论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化》,《法学杂志》2013年第6期,第125页。

㉔许恒达:《刑法法益概念的苗生与流变》,《月旦法学杂志》2011年第10期,第146页。

㉕姜敏:《刑法反恐立法的边界研究》,《政法论坛》2017年第5期,第88页。

㉖Andrew Cornford, "Preventive Criminalization", 18 New Criminal Law Review 27(2015).

㉗王皇玉:《论危险犯》,《月旦法学杂志》2008年第8期,第242页。

㉘参见张明楷:《网络时代的刑事立法》,《法律科学》2017年第3期,第78-79页。

㉙姜敏:《危险驾驶行为犯罪化研究——从间接危害行为的视角》,《现代法学》2016年第6期,第142页。

㉚[德]乌里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法——二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第198页。

㉛参见[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第145-146页。

㉜王良顺:《预防刑法的合理性及限度》,《法商研究》2019年第6期,第52页。

㉝参见陈家林:《法益理论的问题与出路》,《法学》2019年

第11期,第3页。

㉞参见张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,《法学研究》2016年第4期,第55页。

㉟[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学(总论)》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第15页。

㊱前引㉞,乌里希·齐白书,第208页。

㊲[日]松原芳博:《危险社会与刑事法》,载《危险社会与法》,有斐阁2010年版,第86页。

㊳张明楷:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第63页。

㊴[日]关哲夫:《法益概念与多元的保护法益论》,王充译,《吉林大学社会科学学报》2006年第3期,第68页。

㊵前引㉞,田宏杰文,第173页。

㊶参见许恒达:《法益保护与行为刑法》,元照出版有限公司2016年版,第9-10页。

㊷参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期,第50页。

㊸[德]温弗里德·哈塞默尔:《现代刑法的特征与危机》,陈俊伟译,《月旦法学杂志》2012年第8期,第256页。

㊹参见陈晓明:《刑法上比例原则应用之探讨》,《法治研究》2012年第9期,第91页。

㊺前引㉞,张翔文,第57页。

㊻姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,《法律科学》2013年第1期,第100页。

㊼前引㉞,田宏杰文,第178页。

㊽参见刘权:《目的正当性与比例原则重构》,《中国法学》2014年第4期,第134页。

㊾马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,《环球法律评论》2019年第6期,第148页。

㊿张明楷:《刑事立法模式的宪法考察》,《法律科学》2020年第1期,第62页。

①[美]凯斯·R. 孙斯坦:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第137页。

②Dennis J. Baker, "The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms", 3 New Criminal Law Review 372(2007).

③胡霞:《国家安全视阈下刑法的预防性路径研究》,《中国刑事法杂志》2017年第5期,第17页。

④前引㉞,王良顺文,第63页。

⑤欧阳本祺:《妨害传染病防治罪客观要件的教义学分析》,《东方法学》2020年第3期,第10页。