

论实质预备犯的处罚根据及其限度

刘双阳

【摘要】实质预备犯的立法膨胀与司法扩张,直接推动刑事处罚日益前置化、过罪化,不当扩大刑法处罚范围,压缩了公民自由权利的行使空间,动摇了刑法的根基。回溯立法初衷,我国在刑法分则中设立实质预备犯,原本是为了消解《刑法》第22条规定的普遍处罚形式预备犯原则,并从形式可罚性与实质可罚性两个维度限定预备行为的处罚范围,将不具有刑事可罚性的预备行为排除出犯罪圈。因实质预备犯带有浓厚的积极预防、早期干预色彩,为避免其在立法实践与司法适用的过程中发生异化而滑向口袋化、工具化、恣意化的错误方向,设立实质预备犯应以保护重大法益为限;成立实质预备犯要求行为人主观上具有实施后续犯罪的目的,并且被实行化的预备行为客观上具有引起或者协同后续行为侵害法益的高度盖然性;解释实质预备犯的兜底条款应采取同类解释规则,仅包括与明确列举示例具有等价性或者同质性的事项;独立预备罪的犯罪预备尚未对法益形成一定的抽象危险,原则上不予处罚,从而合理划定实质预备犯的处罚边界。

【关键词】实质预备犯;形式预备犯;刑事可罚性;实行行为;法益侵害危险

【作者简介】刘双阳,中国政法大学刑事司法学院讲师、法学博士(北京 100088)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2024.4.118~132

【基金项目】本文是2023年度国家社会科学基金项目“数字化条件下新型知识产权犯罪的刑法应对研究”(项目编号:23CFX063)、2023年度最高人民检察院检察理论课题研究课题“数据安全合规的刑法激励机制研究”(项目编号:GJ2023D14)的研究成果。

近年来,恐怖主义、生物安全、网络安全、数据安全、人工智能安全等非传统安全威胁不断涌现和蔓延,层出不穷的新型安全事件极大地刺激了社会公众敏感的神经。“在风险社会里弥漫着一种普遍的不安全情绪,人们更加关心的是如何预防未来可能出现的坏的东西……不安成为社会生活结构和国家安全的决定性因素。”^①在社会公众安全诉求的驱动下,以风险防控为价值导向的刑事治理观在法治实践中逐渐被接受和强化,犯罪规制呈现出明显的回应性倾向、预防性特征和前置化趋势,预防性犯罪化立法模式受到刑法的青

睐。致力于防止预备行为创设的风险现实化的实质预备犯就是一种典型的预防性犯罪化立法模式,“这是立法者将某些本来仅是预备的行为,予以入罪化(入刑化),使其分离出来成为一种独立的犯罪类型”,^②达到刑事可罚性的时间节点被提前至尚未着手实行犯罪的预备阶段。虽然设立实质预备犯在风险社会语境中具有现实的必要性,是刑法通过自我革新满足公众的安全期待、主动适应社会治理需求的重要表现,但其本质上体现的是国家刑罚权的扩张与公民自由权利的缩减,潜藏着动摇法治国家根基的风险。“如果不对其加以

合理、必要的限制,任其无限度、无休止地扩张,必将侵蚀公民的自由”,^③带来处罚预备犯的正当性危机。

一、问题的提出:实质预备犯的立法膨胀与司法扩张

从完成犯罪所经历的时间序列来观察犯罪,一般经历“决意、计划(阴谋)→犯罪的准备(预备)→犯罪的着手实行→犯罪的实现(既遂)”这样一个过程,“考虑到犯罪的性质或严重程度,有时候刑法也必须介入并处罚既遂之前的阶段”,^④因而在某些情况下,犯罪预备、犯罪中止、犯罪未遂等犯罪未完成形态亦被纳入刑法处罚范围。所谓犯罪预备,系指为实现犯罪意思所为之预备行为而尚未达到着手实行犯罪的阶段,即为实行犯罪准备工具、制造条件的行为。

(一)实质预备犯的立法膨胀推动刑事处罚前置化

“理论上,预备是指为了实现犯罪,以谋议以外的方法实施的准备行为。”^⑤刑法理论从学理上将预备犯划分为两种类型:形式预备犯与实质预备犯。形式预备犯又被称为从属预备罪,此种预备犯以实行特定基本犯罪为目的,性质上属于基本犯罪的构成要件之修正形式,即基本犯罪的未完成形态,其预备行为既无限定、亦无定型,因而无法承认“实行行为性”之存在。在刑事立法上,我国是以在刑法总则中规定形式预备犯(《刑法》第22条)的方式对犯罪预备采取普遍处罚原则,而日本、德国等大陆法系国家对犯罪预备采取的是个别处罚原则,通常在刑法分则中针对特定罪名设立形式预备犯,即对预备行为的处罚以刑法分则的明文规定为限。例如,《日本刑法典》在分则中针对内乱罪(第78条)、外患罪(第88条)、私战罪(第93条)、放火罪(第113条)、杀人罪(第201条)、以勒索赎金为目的的略取诱拐罪(第228条之三)、强盗罪(第237条)等犯罪,例外地规定处罚预备犯;

《德国刑法典》在分则中采取形式预备犯的立法模式规定了预备叛乱罪(第83条)。实质预备犯又被称为独立预备罪,性质上属于基本犯罪,其所规制的行为属于刑法分则规定的类型化、定型化的独立犯罪构成要件,即预备行为实行化。例如,《日本刑法典》在分则中专门设立了独立的准备伪造货币罪(第153条)、准备不正当制作支付用磁卡电磁记录罪(第163条之四)、准备凶器集合罪(第268条)等罪名;《德国刑法典》在分则中以实质预备犯的形式规定了预备实施严重危害国家之暴力行为罪(第89a条)、预备伪造货币或有价票证罪(第149条)、预备伪造官方证明文件罪(第275条)、预备实施爆炸或放射性物质罪(第310条)等罪名。“刑法既然单独地将独立之预备罪明文加以规定,而具体地记述其构成要件,自然显示出其与一般之预备罪有实质上之差异,因此独立之预备罪可承认其‘实行行为性’之存在。”^⑥由此可见,实质预备犯包括两层含义:其一,被规定为独立犯罪的行为原本是事实性预备行为;其二,该预备行为在立法上被规定为独立罪名的构成要件,且不需要依附于其他犯罪的构成要件。“创制这类特殊犯罪的目的在于预防危害和不法行为——其方式是在危害或者不法行为实际发生以前就将其予以犯罪化。”^⑦

出于追求“打早打小”的积极预防犯罪效果,预备行为实行化立法模式被越来越广泛地应用于刑事治理领域,成为刑事立法的重要方向之一。^⑧尤其是从近二十年的立法实践来看,我国在刑法修正过程中不断增设实质预备犯,已具备相当可观的规范图景。例如,1997年《刑法》就将危害国家安全犯罪中具有预备性质的“组织、策划”行为分别纳入背叛国家罪(第102条)、分裂国家罪(第103条)、武装叛乱、暴乱罪(第104条)、颠覆国家政权罪(第105条)的构成要件中,将“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的发票”这一骗取税款犯罪的预备行为单独规定为

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪(第205条),还规定了非法持有、私藏枪支、弹药罪(第128条)、持有假币罪(第172条)、非法持有毒品罪(第348条)等持有型实质预备犯;2001年《刑法修正案(三)》将“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息”这一扰乱公共秩序犯罪的预备行为单独规定为编造虚假恐怖信息罪(第291条之一);2005年《刑法修正案(五)》将“明知是伪造的信用卡而持有”“非法持有他人信用卡”等信用卡诈骗犯罪的预备行为单独规定为妨害信用卡管理罪;2011年《刑法修正案(八)》将“虚开普通发票”“明知是伪造的发票而持有”等偷逃税款犯罪的预备行为分别独立规定为虚开发票罪(第205条之一)、持有伪造的发票罪(第210条之一);2015年《刑法修正案(九)》进一步在恐怖主义犯罪和信息网络犯罪领域增设准备实施恐怖活动罪(第120条之二)、宣扬恐怖主义、极端主义罪(第120条之三)、非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪(第120条之六)、非法利用信息网络罪(第287条之一)等多个实质预备犯。^⑨独立预备罪数量的立法激增导致刑事处罚前置化呈现大幅扩张趋势,“在犯罪既遂之前的处罚,都是具有前置性质的处罚,而且就是两个刑法原则——最后手段性与有效法益保护——的拉锯战”。^⑩一方面,基于刑法作为最后手段的谦抑性原则,不宜过度扩张处罚范围;另一方面,如果已然发生危害结果(既遂)才处罚,又往往无法及时有效保护法益,并且可能会导致刑法失去犯罪预防的功能。对此,有学者指出,实质预备犯是典型的刑事处罚前置化的立法类型,其将事实性预备行为拟制为独立犯罪的实行行为加以规制,使得刑法介入的时间节点大大提前,可罚性边界的前移意味着行为入罪早期化,带来刑法防卫线和刑事法网的重大扩张。^⑪刑法的运作逻辑立即从最后手段转变为优先手段,不再是传统的“事后法”和“惩罚法”,而是正在积极成为“事前法”和

“安全法”,犯罪预防功能日益凸显。

(二)实质预备犯的司法扩张导致刑事处罚过度罪化

除独立预备罪的数量在立法上不断增多外,其在司法适用层面也存在兜底条款扩张适用、主观目的证明缺失、轻微危险入罪倾向、处罚必要性或合理性存疑、处罚范围宽泛等过罪化问题,不少实质预备犯陷入“口袋罪”的泥沼。

首先,以非法利用信息网络罪为例,该罪的实行行为包括设立用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组以及发布违法犯罪信息等行为。司法实践中对本罪具有兜底性质的构成要件要素“其他/等违法犯罪”“等违禁物品、管制物品”做广义理解,将众多利用信息网络实施的仅违反《治安管理处罚法》等行政法规而不具有刑事违法性的行政违法行为,即刑法分则未规定的行为类型,也纳入本罪的规制范围。例如,利用网络发布招嫖、赌博、刷单、买卖驾照分数以及出售仿真枪、迷药、“呼死你”软件等违禁物品、管制物品信息的行为均被认定构成非法利用信息网络罪而受到刑事处罚。^⑫“这种观点和做法违反了罪刑法定原则,其实质是线下的违法行为在线上实施就构成了犯罪,不当扩大了刑事打击面,导致非法利用信息网络罪呈现‘口袋罪’倾向。”^⑬

其次,司法实践中认定实质预备犯忽视考察和证明行为人的犯罪意图,将主观上没有实施后续犯罪目的的行为人定罪处罚。虽然虚开增值税专用发票罪的构成要件中没有规定“以骗取国家税款为目的”,但是“如果将其理解为骗取国家税款犯罪(诈骗罪)的预备行为,则属于预备行为正犯化,应当根据实质预备犯原理进行分析”。^⑭司法实践中认定虚开增值税专用发票罪,普遍存在仅判断行为人是否具有虚开行为,而未判断行为人主观上是否具有骗取国家税款目的以及客观上是否具有造成国家税款损失的现实危险的情况,即

不考虑本罪的主观目的和危害后果要件。例如,被告人周某某系农凯集团董事长,为虚增公司业绩以便获取银行贷款,指使农凯集团控制下的多家企业在没有实际的货物交易的情况下作为电解铜购销合同的交易方,循环虚开增值税专用发票8435份,税额12.5379亿余元。虽然农凯集团在虚假交易过程中向国家缴纳了增值税的进项税,且没有将虚开的增值税专用发票用于抵扣税款,而是以票据贴现的方式套取银行信贷资金,但法院认定被告单位农凯集团及其直接负责的主管人员周某某的行为均构成虚开增值税专用发票罪。^⑮又如,被告人王某某以开票价款9%的价格答应为禹某虚开增值税专用发票,转而以8%的价格委托崔某(另案处理)虚开,崔某又联系谢某某(另案处理)虚开了增值税专用发票20张,发票金额1994326.5元,税额339035.5万余元。被告人王某某收到上述增值税专用发票后,因抬头填写不符合要求,未交给禹某使用,上述增值税专用发票未用于抵扣税款,但法院认定王某的行为构成虚开增值税专用发票罪。^⑯

最后,司法实践中亦将独立预备罪的犯罪预备纳入刑事处罚范围。通过适用《刑法》第22条的规定,为了准备实施恐怖活动而做准备的行为被以准备实施恐怖活动罪(预备)定罪处罚,比如为了组织恐怖活动培训,联系讲授人员或者准备培训场所的行为;为购买实施恐怖活动需要的枪支、弹药、爆炸物而筹集资金的行为;为与境外恐怖活动组织或者人员进行联系而制作或者购买通讯工具的行为。^⑰此外,在实质预备犯的场所,司法实践中对已实行化的预备行为的处罚不再适用刑法总则关于“预备犯可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚”的从宽规定,而是直接依据刑法分则的规定进行定罪处罚,也在一定程度上压缩了实质预备犯的出罪空间。

总之,秉承积极预防刑法立场的实质预备犯

在立法设置层面与司法适用层面的双重扩张,直接推动刑事处罚日益前置化、过罪化。刑事制裁本身作为一种“必要的恶”,在犯罪治理领域不可或缺,“然而,如果以一种不加选择的方式运用它,那么就会导致削弱它的有效性所依赖的一些重要基础,并威胁那些远比预防犯罪重要的社会价值”。^⑱在价值论层面,急剧膨胀的积极预防主义导致安全秩序维护与自由权利保障出现严重失衡,“对安全秩序价值的过度追求,使刑法陷入盲目犯罪化的趋势”。^⑲在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化的时代背景下,为控制实质预备的立法膨胀与司法扩张所蕴含的潜在法治风险,保证刑事处罚的正当性,进而避免刑法沦为单纯的社会控制手段或者社会治理的“万能工具”,造成新的制度性风险,有必要在明确实质预备犯的立法目的与处罚根据的基础上合理确定预备行为的处罚边界,维持犯罪化与非犯罪化的平衡协调,从而实现刑事法治的良性运行。

二、实质预备犯的立法目的及其处罚正当化根据

立足于“虽然没有损害法益,但是只要通过危险行为威胁到了法益就可以肯定刑事不法的存在”的行为无价值立场,^⑳立法者通过设立实质预备犯将刑事可罚性的起点置于法益损害尚未发生的预备阶段,旨在实现超前保护法益之目的,其正当性受到自由刑法观念和欠缺归责关系两方面的质疑。对此,有学者提出为避免刑法的滥用,刑事立法政策不宜将处于预备阶段的行为加以犯罪化。^㉑判断刑法上通过增设实质预备犯来处罚某种预备行为的正当性与必要性,首要任务是从教义学视角探究其立法原意和处罚根据。受到刑法处罚的行为必然具有客观的违法性,这是对犯罪行为所进行的客观上的、法律上的否定性评价,“对行为的法律评价可能有两个考察方法:形式违法是指违反国家法规、违反法制的要求或禁止规

定的行为;实质违法是指危害社会的(反社会的)行为”。^②因此,论证处罚实质预备犯的正当化应根据分别从形式可罚性(构成要件行为)与实质可罚性(对法益的威胁)两个维度全面考察其刑事可罚性。

(一)设立实质预备犯的初始目的:限定刑法处罚范围

就犯罪预备行为的立法规制而言,我国采取的是独具特色的“总则规定形式预备犯十分则设立实质预备犯”的立法体例。那么刑法分则例外规定实质预备犯,究竟是为了限制对预备行为的处罚范围,还是为了扩大对预备行为的处罚范围?这需要结合设立实质预备犯的背景,从立法初衷和立法技术的角度来回答。

我国《刑法》第22条一般性地赋予形式预备犯以刑事可罚性并普遍处罚预备行为,而司法实践中存在行为认定标准模糊、主观违法要素证明困难、处罚范围泛化、随意出入人罪等缺陷,使得处罚预备犯陷入严重的正当性、必要性、操作性与实效性危机以及司法适用困境。为化解形式预备犯的立法规定与司法适用所造成的国家刑罚权过度膨胀而压缩公民自由权利行使空间、刑法处罚范围不当扩张甚至将符合社会规范或者具有社会相当性的普通日常生活行为(如为盗窃准备绳索、购买作案所需的交通工具)归入处罚对象等“刑罚过剩”问题,“刑法通过明示犯罪预备行为为犯罪,并科处一定的刑罚,来限制国家刑罚权的随意发动,在保障良善国民自由的同时也保障犯罪人自身的权利,表明刑法的人权保障机能”。^③具体而言,在刑法分则中设立实质预备犯(独立预备罪),明确规定处罚预备行为的具体类型,对除此之外的预备行为不再予以处罚,体现了实质预备犯的出罪功能,即从某种意义上说,实质预备犯的独立构成要件及其罚则一定程度上消解了《刑法》第22条规定的普遍处罚形式预备犯原则。立法者欲将

某种特定犯罪的预备行为拟制为实行行为,已在行为类型上进行了理性筛选,而非宽泛地处罚“准备工具、制造条件”的所有预备行为,从而有效限制了预备犯的处罚范围,实际上大幅缩小了犯罪圈。^④例如,《刑法》第120条之二准备实施恐怖活动罪仅将为实施恐怖活动“准备凶器、危险物品或者其他工具”“组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训”“与境外恐怖活动组织或者人员联络”“进行策划”这四种与恐怖活动犯罪联系紧密且具有较高违法性、危险性的预备行为拟制为实行行为而纳入刑法处罚范围。对此,全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著的立法说明指出,“本条为适应与日益猖獗的恐怖主义犯罪活动作斗争的需要,将刑法惩治的防线提前,将以往按照法律规定属于犯罪预备阶段的一些行为规定为独立的犯罪,司法机关要把握好本条的立法精神,用好法律武器,对这些行为总体上从严惩治。与此同时,也要把握好法律 and 政策的界限,处理好惩治极少数与教育挽救大多数的关系”。^⑤可见,“这样一种实行行为法律拟制技术的运用,使得刑法对实质预备犯的处罚受到实行行为的类型化、个别化、法定化机能的严格规制”,^⑥既可以将符合社会规范或者具有社会相当性的普通日常生活行为排除在追究刑事责任的范围之外,又能够运用刑法手段对特定具有严重的法益侵害危险性的预备行为进行必要的早期干预,将宽严相济的刑事政策贯彻到刑事立法之中,有助于合理确定刑法处罚预备犯的范围,符合现代刑法干预适度前置性与谦抑性的双重要求。

(二)实质预备犯的形式可罚性:行为类型化与定型化

《刑法》第22条通过抽象性、概括性、原则性的规定将所有“准备工具、制造条件”的行为都纳入犯罪预备的范畴。“行为人从有不法行为的念头一直到实施不法行为之间,事实上是一个漫长的

行为过程。在此一漫长的行为过程当中,行为人的行为大致上是逐渐有利于整个不法事实的实现,换句话说,都是犯罪的预备行为。”^②预备行为的非类型化描述使得形式预备犯的内涵无相对确定的行为定型,外延亦无相对确定的外部边界,由此衍生预备犯的处罚范围无限扩张的法治风险。相对于预备行为而言,实行行为具有类型性、定型性特征,“刑法分则所规定的各种犯罪的构成要件,都同时含有‘法律类型’的意义”,^③即构成要件就是犯罪的实行行为类型。一方面,“只有对符合构成要件的行为才能进一步根据是否存在违法性与有责性而进行定罪,构成要件由此形成对国家刑罚权的限制”,^④被作为“刑事可罚性的类型”予以对待;另一方面,“犯罪类型的轮廓”被理解为构成要件的行为类型的情况下,就从客观层面严格限定了犯罪的成立范围,是罪刑法定原则得以实现的有效保证,对于保障公民的自由权利具有重要意义。^⑤

从形式角度看,“所谓预备行为,据事物的性质就是时间上先于一项罪状不法性的实施——要求预备行为一般不能载于的法定罪状的描述或指示,因此不能构成刑事责任可能的支持点”。^⑥因预备行为不具有类型性和定型性,一般性地赋予形式预备犯以刑事可罚性并普遍处罚预备行为缺乏法理正当性与刑事政策上的必要性,并且违反罪刑法定主义对处罚范围的明确性要求,一直受到质疑和诟病。“但在有些情况下,预备行为也有可能是可罚的,即该预备行为本身就是一个构成要件,在法律上被规定为一个独立的构成要件。”^⑦换言之,当刑法分则将某些预备行为规定为独立的犯罪时,就会具体地记述其构成要件,此类事实性预备行为在被拟制为实行行为后,便具备了类型化、定型化的特征,“使人能确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为

该规范的适用对象”。^⑧原本内涵模糊、外延宽泛的预备行为被类型化为不符合社会规范或者不具有社会相当性的构成要件行为,诸如组织策划型预备、准备犯罪工具型预备、持有违禁品型预备、信息联络型预备等不法形态。概言之,实质预备犯的形式可罚性正是体现在预备行为本身已经符合一个独立的犯罪构成要件的要求——具有类型性和定型性,即成为一种完全独立的犯罪类型,不再依附于目标犯罪的构成要件,其所规制的行为类型也较为明确具体,在一定程度上克服了形式预备犯因预备行为的起点捉摸不定、终点难以界定而造成的处罚范围泛化、随意出入人罪等缺陷。

(三)实质预备犯的实质可罚性:紧迫的法益侵害危险

构成要件行为的类型化与定型化只能表征形式违法性,并不足以完全证成实质预备犯的刑事可罚性,处罚实质预备犯还必须从犯罪的本质的角度进行实质违法性检验。不可否认,从刑事政策的角度来看,设立与适用实质预备犯有助于更加充分地保护法益、及时干预预备行为,刑法的法益保护机能得到强化,尽早预防某些犯罪的目的也得以实现。但是,“刑事政策上的目的正当性终究无法在实质违法性论上为处罚预备犯提供正当化根据,反而有可能导致立法者在实质预备犯的形式违法性外衣掩护下无节制地推行刑法工具主义”,^⑨造成实质预备犯的非理性扩张——过度前置化不当扩大预备行为的处罚范围。因此,对于实质预备犯的成立范围必须进行严格限制,只能将具有实质可罚性的预备行为规定为独立犯罪而予以处罚。

犯罪预备行为的处罚根据存在主观主义与客观主义的对立,进而引起实质预备犯的实质可罚性判断出现主观危险说与客观危险说之争。主观主义认为,只要有犯罪意思或者性格危险性的外部表现,行为人就有企图实现犯罪的可能,因此将

行为人的犯罪意思或者性格危险性作为处罚预备犯的正当化根据;而客观主义认为,刑法之所以设计了犯罪的阶段类型并规定了处罚轻重上的差别,无非是因为将作为犯罪意思外部表现的行为自身的客观危险性当作处罚根据,^⑤即处罚预备犯的正当化根据在于,行为所具有的实现犯罪意思的客观危险性,该危险性指向的是引起构成要件结果的客观危险或者说侵害法益的客观危险。为避免落入“有危险就有刑罚”的过度犯罪化的窠臼,“危险只能被客观地确定,对犯罪预备行为的处罚即便可行,也必须要被限制在很小的范围内”,^⑥不宜将一些外部形态类似于准备工具的普通日常生活行为(如为了购买凶器而挣钱的行为)作为犯罪预备行为施以刑罚。

犯罪预备行为原则上不应受到处罚的理由在于,法益受到侵害尚为遥远且侵害法益之危险性尚属轻微,^⑦属于间接危险的范畴,因而对法益的威胁并不紧迫,尚未达到值得科处刑罚的严重程度。法益侵害危险性判断由“危险大小”与“危险现实化可能性”两个评价指标决定。根据危险递增理论,只有侵害法益的危险积累到一定的“量”且现实化的可能性较高时,动用国家刑罚权规制间接危险行为才是正当且必要的,^⑧即刑法只能处罚具有严重的法益侵害危险性的预备行为。正如有学者指出,“实质预备犯之处罚理由,乃该等行为已经制造了无法控制的危险”。^⑨那么是否达到紧迫的法益侵害危险就成为立法上将某一预备行为拟制为实行行为、规定为独立预备罪妥当与否的实质标准,也是衡量实质预备犯的实质可罚性之关键所在。当然这种危险是立法者针对特定预备行为拟制或者推定的紧迫危险,而不是现实的危险,因此实质预备犯本质上是一种抽象危险犯。换言之,只有当预备行为在客观上对法益具有高度的抽象危险时,才具备值得科处刑罚的实质违法性。

综上所述,我国在刑法分则中设立实质预备犯的初衷是为了克服《刑法》第22条一般性地赋予形式预备犯以刑事可罚性并普遍处罚预备行为的立法弊端,发挥其限定预备行为的处罚范围、合理遏制犯罪圈不当扩张的出罪功能,^⑩从而维护刑法的安定性和预测可能性,保障公民的自由权利。采取实质预备犯的立法模式处罚事实性预备行为的正当化根据在于,其兼具形式可罚性与实质可罚性:立法者通过在分则条文中设置类型化、定型化的构成要件行为赋予实质预备犯“形式合法性”;实质预备犯因所规制的行为本身具有紧迫的法益侵害危险而获得“实质正当性”。设立实质预备犯意味着刑事可罚性前移,经过理性筛选的事实性预备行为实际上已经转变为具有高度定型性和独立法益侵害性的实行行为,此即行为性质的升格,形成个别处罚预备犯的机制。

三、实质预备犯处罚范围的合理配置与司法限缩

虽然在刑法分则中设立实质预备犯并个别处罚特定预备行为具有现实必要性和目的正当性,但在强烈的积极预防、早期干预思维深度嵌入预备行为实行化的立法实践与司法适用的过程中容易发生异化,“有时甚至考虑到在诉讼中证明其为某一具体犯罪的预备行为的取证困难,因而刑法将此类行为独立规定为某一犯罪”,^⑪即增设实质预备犯更多是出于减轻证明责任、降低证明难度、方便打击犯罪等功利目的,而非基于预备行为本身具有紧迫的法益侵害危险。^⑫此外,在实质预备犯的条文表述中设置“兜底条款”为实质入罪“打开了方便之门”,削弱了其出罪功能。司法实践中甚至将不具有特定目的、没有法益侵害危险的行为也予以定罪处罚,偏离了处罚犯罪预备行为的正当化根据。实质预备犯的立法膨胀与司法扩张使得规制手段与所欲达成的目的不成比例,不符合“保护该法益所获得的利益超出包含制约国民

自由在内的禁止以及处罚的成本”之损益均衡性要求,^⑬即刑事处罚过度前置化、犯罪化不当侵蚀和限制了公民的自由权利。为避免刑法分则规定的独立预备罪不断滑向口袋化、工具化、恣意化的错误方向,必须回归设立实质预备犯的初衷——限定预备行为的处罚范围,在教义学框架下重新审视并合理限制实质预备犯的处罚边界,将不值得科处刑罚的预备行为予以出罪。

(一)设立实质预备犯应以保护重大法益为限

“实质预备犯之所以将大量预备行为中的一部分典型预备行为拟制为构成要件行为(实行行为),说明立法者已经对可罚的预备行为有所选择”,^⑭并非所有预备行为都有必要实行化,设立实质预备犯必须符合特定的条件。如前文所述,基于处罚实质预备犯的正当化根据,具备实质可罚性的预备行为在客观上应当具有紧迫的法益侵害危险,因此“紧迫性”是设立实质预备犯的第一个要件。

立法者筛选特定预备行为将其提升为实行行为,使其成为刑法分则规定的独立犯罪类型,并配置独立的罪名和法定刑,意味着刑事可罚性的前移和刑法介入的早期化,体现了积极预防、事前管控犯罪风险的功能主义倾向,国家刑罚权的扩张意味着公民自由权利的行使空间被压缩。因此,“必须要在对法益保护的必要性(从法益的重要性等方面加以判断)和国民行动自由的保护两者进行衡量的基础上,审慎地加以决定”。^⑮从法益衡量的角度来看,“在有数个法益互相冲突的场合,价值较低的法益必须向价值较高的法益让步”,^⑯也就是说,只有当所要超前保护的法益与个体的自由权利相比处于优越地位,限制公民的自由权利是为了保护更为重大的法益时,刑事处罚前置化才具有正当性。就预备行为而言,如果准备实施的犯罪可能侵犯的法益的重要性程度超过个体自由权利,那么刑法分则就有必要对该预备行为

的处罚作出特别规定。^⑰从刑事政策的角度来看,“立法者在这些案件中将刑事可罚性前置的原因在于,行为人所追求的主行为极度危险”,^⑱有引起侵害重大法益的严重犯罪的较大可能,因而有必要尽早对预备行为加以阻止,意在通过对重大法益给予倾斜性、严密性保护来尽量避免法益侵害危险一旦现实化,造成无可挽回的巨大损害后果。对此,有日本学者认为,只有具有侵害重大法益的威胁时,才能将预备行为特别作为独立的犯罪加以处罚。^⑲可见,“法益的重要性”是立法上考虑是否将预备行为拟制为实行行为,作为实质预备犯单独予以处罚的另一关键因素。

刑事立法对于具有预防性犯罪化特征的预备行为实行化立法模式应当秉持审慎的态度,从严把设立实质预备犯的条件,除了要满足法益威胁具有“紧迫性”外,对于该行为所侵犯的法益的性质也要有一定的要求,“只有当某种预备行为的发展,必然或者极有可能造成重大法益或者大量法益的侵害时,才有必要处罚犯罪预备”。^⑳换言之,设立实质预备犯必须同时符合“紧迫性”和“重大法益”这两个实质性要件,只能抽离出对重大法益创设紧迫危险的预备行为进行单独立法。^㉑例如,德国、日本等大陆法系国家在刑法分则中仅针对内乱、放火、杀人、绑架等侵犯重大法益的少数严重犯罪设置了处罚预备犯的规定。

何谓“重大法益”?从内部构造来看,法益是刑法所保护的“人的生活利益”,对人的有用性是其本质特征,某种利益在人类需求排序中越靠前,所对应的法益也就越重大。从外部表征来看,犯罪的本质是法益侵害,法益的性质与犯罪的客观危害紧密关联,不法行为侵犯的法益越重要,引起的危害结果自然就越严重。^㉒因此,可以综合“利益有用性”和“危害严重性”两个标准来评判某一法益是否达到重大的程度。所谓“重大法益”,系指维系个人或者社会共同体所赖以存在的不可或

缺的核心利益,一旦被不法行为所侵犯,将直接摧毁个人或者社会存在的基础,产生极为严重的客观危害。“法益在结构上最显著的特征在于法益是分层次的差序构造,体现为法益内容的差异:权利(人身权利和财产权利)、安全(国家安全和公共安全)和秩序(经济秩序和社会秩序)。”^③前者属于个人法益,后两者属于集体法益(包括国家法益和社会法益)。对于个人而言,生命、身体、健康、自由属于重大法益,是自然人生存发展的必要前提,与提升人们生活质量的荣誉、名誉、隐私、财产相比,其在权利法益中处于最高的价值位阶且具有不可估量性,“侵犯公民人身安全和自由的行为是最严重的犯罪之一”,^④直接剥夺或者损害的是最基本的人权;对于社会共同体而言,国家安全或者公共安全属于重大法益,关系国家安危与社会稳定,危害国家安全、公共安全类犯罪危害的是国家政权或者整个社会平稳有序运行的基石,同时也威胁到不特定或者多数人的生命、身体安全以及公众生活的自由和安宁。与之相对,社会主义市场经济秩序、社会管理秩序则属于一般法益,秩序是人类社会发展更高的价值追求,侵犯此类法益造成的客观危害相对较轻,一般不会动摇总体国家安全或者触及人们生存的条件,受损法益的可恢复性较强。我国却频频在侵犯秩序类犯罪领域增设实质预备犯,如妨害信用卡管理罪、持有伪造的发票罪、编造虚假恐怖信息罪等,破坏了预备犯处罚结构体系的协调性,出现“严重犯罪的预备行为处罚偏轻,而轻微犯罪的预备行为处罚过重”的轻重失衡局面。^⑤上述罪名所规制的单纯持有伪造的信用卡或者发票、编造虚假信息尚未传播等预备行为,既没有威胁个人或者社会的重大法益,造成的一般法益侵害危险也并不紧迫,可以说尚未达到值得科处刑罚的严重程度。

(二)具有引起后续犯罪的主观目的及盖然性
预备行为本身不会造成现实的法益侵害结

果,将其实行化的根本原因在于该行为已经显现出侵害法益的抽象危险。具备值得刑法处罚的抽象危险既是设立实质预备犯的正当化根据,同时也划定了预备行为实行化的限度,“能够给予刑事处罚的预备行为必须是对法益侵害而言具有高度的危险实现的可能”。^⑥一般而言,实施预备行为是为进一步实施后续犯罪做准备,这种抽象危险可以具象化为被实行化的预备行为与后续犯罪之间具有紧密关联性,^⑦这种联系不仅包括预备行为本身的危险性,而且包括行为人实施后续行为的心态,即从主客观两个方面进行证成。德国学者提出将刑事可罚性前移到预备阶段的具体标准:(1)行为人决意(亲自或者支持他人)实施犯罪行为,对将来的犯罪行为具有直接故意(意欲或者明知);(2)行为人的行为明显存在着与相应犯罪的特定联系,而普通的日常行为则应当被排除在外。^⑧前者属于主观标准,后者属于客观标准,两者相互统一。

从主观层面来讲,要求行为人具有实施后续犯罪的意图。“刑法理论上没有争议地认为,预备犯都是目的犯”,^⑨因此成立实质预备犯,行为人主观上必须具有实施后续犯罪的目的。如果行为人是为了实施后续犯罪而实施预备行为,将会加功和促进后续犯罪的发生,具有侵害法益的危险;如果行为人不寻求继续向前推进犯罪进程引发更严重的危害后果,那么预备行为本身就不会对法益构成实质威胁,即借助主观目的佐证行为的危险性,从而根据罪责原理将不具有实施后续犯罪主观目的的预备行为排除在刑法处罚范围之外。正如有学者指出,“不管预备行为所可能侵害的法益有多么的重要,在还没有办法确认一个人是否果真存在有不法意志的情况下,就以刑罚相应,恐怕是对于人毫无节制的工具化”。^⑩因此,刑法分则条文在描述实质预备犯的罪状时有必要明确规定目的要素,如非法利用信息网络罪中的“为实施诈骗等违法犯罪活动”、准备实施恐怖活动罪中的

“为实施恐怖活动”。如果行为人并非为实施恐怖活动而是基于好奇或者为寻求刺激而参加恐怖活动培训,则因犯意欠缺而不成立准备实施恐怖活动罪。即便有的实质预备犯的罪状中没有明文规定主观目的,但在司法适用时要将其作为不成文的构成要件要素进行补正解释,通过补足主观不法性以阐明法条的真实含义。例如,只有在行为人主观上具有骗取国家税款的目的且具有造成国家税款损失的紧迫危险的情况下才可能构成虚开增值税专用发票罪。^⑩又如,对于吸毒者动态持有(如为了自己吸食、注射而将毒品从此地带往彼地)数量较大的毒品的行为,如果没有证据证明其有贩卖目的,不宜以运输毒品罪论处。

从客观层面来讲,要求被实行化的预备行为具有引起或者协同后续行为侵害法益的高度盖然性,且一旦着手实施关联犯罪将造成严重的危害后果。^⑪高度盖然性强调的是当行为人完成预备行为时,“向后续法益侵害结果方向发展的道路已然通畅,行为人实施后续行为并最终造成严重法益侵害结果的可能性大大增加”。^⑫由此可见,只有对完成后续犯罪起实质作用的预备行为才是可罚的。^⑬有必要予以实行化的预备行为应能够极大地促进和便利后续行为的实施,甚至是实施后续犯罪不可或缺的关键环节。例如,持有毒品是实施走私、贩卖、运输等毒品犯罪的必要前提,如果缺少该预备行为,则会对后续犯罪的实施产生实质性阻碍。又如,在互联网时代,利用信息网络发布诈骗信息是实施电信网络诈骗犯罪最常见、最便捷、最隐蔽的手段,处于整个犯罪产业链最为关键的环节,诈骗信息在网络空间传播速度快、传播范围广,一经扩散,极有可能产生众多受害者,造成的次级危害具有不特定性、不可控性和蔓延性。为从源头治理电信网络诈骗犯罪,《刑法修正案(九)》将该预备行为拟制为非法利用信息网络罪的构成要件行为单独加以处罚,“实际上是将刑法

惩治犯罪的环节前移,便于司法机关有效打击网络诈骗等违法犯罪活动,及时切断犯罪链条,防止更为严重的危害后果发生”。^⑭

(三)实质预备犯兜底条款采取同类解释规则

立法面对社会发展的变动性、不确定性总是相对滞后的,“无论一项法律什么时候被提出来考虑,人们都没有预见到在实际生活中可能出现的多种多样的情况,即使人们有这种预见能力,也不可能用没有任何歧义的措词来把这些情况都包括进去”,^⑮即法律条文无法穷尽列举所有情形。为了在有限的条文中表达足够的信息量,立法者往往会在实质预备犯的构成要件中设置兜底条款,即采取“类比推断的立法方式”,“这种立法方式主要采用堵截的构成要件模式,使用了‘其他’‘等’这样的术语”,^⑯尽可能扩大条文的覆盖面。例如,非法利用信息网络罪中规定的“发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品信息”的行为是已经被列举出来的类型化、定型化的构成要件行为,属于典型的实质预备犯,而“等违禁物品、管制物品”“其他违法犯罪信息”作为兜底性规定实际上使得在该独立预备罪中又设立了形式预备犯,背离了设立实质预备犯的初衷——限定预备行为的处罚范围,如此一来,就需要解释条文中没有明确规定的发布违法犯罪信息行为是否具有刑事可罚性。在实质预备犯中采用兜底性立法技术虽然能够使刑事法网更加严密、周延,避免应受刑法惩罚的预备行为逃脱制裁,实现堵截法律漏洞的目的,但是由于兜底条款本身具有抽象概括性、包容扩张性的特征,不仅一定程度上破坏了罪刑法定原则所要求的构成要件行为类型化、定型化,而且法律术语涵摄范围的不确定性给法官的自由裁量预留了较大的弹性空间,造成司法实践中极易发生任意解释、目的性扩张解释、类推解释等问题,由此产生独立预备罪沦为“口袋罪”、不当扩大处罚范围、滥用国家刑罚权的风险。

兜底性立法技术的存在和应用有其必然性及现实需要,虽然在实质预备犯的构成要件中设置兜底条款不可避免,但不能任意解释,必须遵循同类解释规则准确把握其内涵和外延,“那就意味着只限于包括未列举的同类情况,而不包括不同类情况”,^⑧从而严格限制兜底条款的适用空间。“同类解释是对刑法所规定的‘其他’‘等’内容的具体化,而不是将法无明文规定的行为以犯罪论处。”^⑨在特定罪名或者语境中,“其他”“等”并非泛指任何事项,而是仅限于与条文明确列举的示例在性质、情状、程度、类型等方面具有等价性或者同质性的事项。司法实践中认定实质预备犯,“在构成要件的解释中,并非考虑形式上是否该当条文,而是实质地考虑是否存在达到了值得处罚程度的危险性”,^⑩即从实质可罚性的角度,限制兜底条款的适用范围,以便对其扩张属性起到一定的约束作用。就发布信息型非法利用信息网络罪而言,为避免解释的随意性,解释本罪中的“等违禁物品、管制物品”时,应以条文所列举的毒品、枪支、淫秽物品为参照物进行类比推断,^⑪这些违禁物品或者管制物品都是刑法分则明令禁止流通交易的对象,与之罪质基本相当的事物,如弹药、爆炸物、假币、虚假证明文件以及宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料,才可以被解释到“等”这一术语的含义之内。仿真枪(未达到“枪支”认定标准)、迷药、“呼死你”软件等不具有刑法意义上的同质性或者等价性的事物则不宜纳入。例如,在唐某非法利用信息网络案中,^⑫涉案“呼死你”软件是通过连续拨打被害人手机或者发送短信实现骚扰的目的,不具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施,未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据、对计算机信息系统实施控制的功能,因此不属于“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”,被告人唐某在微信朋友圈大量发布出售“呼死你”软件信息的行为,就不宜认

定为非法利用信息网络罪。简言之,“其他违法犯罪信息”在性质上应当与发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品信息的法益侵害危险性基本相当,应当仅限于具有刑事违法性的信息,而不包括单纯具有行政违法性的信息。例如,卖淫、嫖娼、赌博仅属于违反《治安管理处罚法》的行为,不属于刑法规制的犯罪行为,如果卖淫者、嫖客或者赌徒自己利用信息网络发布招嫖、召集赌友的信息,那么就不属于“其他违法犯罪信息”的范畴;又如,行为人在网站、通讯群组中发布招聘刷单人员、买卖驾照分数等真实信息,如果不存在实施诈骗犯罪的意图,该行为就不属于刑法分则规定的行为类型,也不宜认定构成非法利用信息网络罪。

(四)独立预备罪的犯罪预备原则上不予处罚

我国既在刑法分则设立了实质预备犯,个别处罚犯罪预备行为,又在刑法总则以形式预备犯的立法模式普遍处罚犯罪预备行为,形成了形式预备犯与实质预备犯交叉重叠的独特立法现象。由此衍生一个必须思考和回答的问题:实质预备犯已然属于独立的犯罪类型(独立预备罪),那么对于已被实行化的预备行为的犯罪预备,是否可以适用刑法总则规定的普遍处罚形式预备犯原则予以处罚?此即“独立预备罪的犯罪预备”的可罚性问题。根据文义解释,《刑法》第22条中“为了犯罪”之“犯罪”的内涵理论上包括所有犯罪类型,这意味着刑法分则规定的所有犯罪的预备行为皆可罚,独立预备罪的犯罪预备自然也不例外。但从处罚的正当性、必要性的角度分析,独立预备罪的犯罪预备原则上不具有刑事可罚性,不宜适用《刑法》第22条的规定对其定罪处罚。

其一,从形式违法性来看,处罚独立预备罪的犯罪预备违反罪刑法定原则对刑事立法明确性的要求。“刑罚法规的内容(特别是作为犯罪的行为的内容)必须被具体而且明确规定”,^⑬清楚地告诉国民什么是禁止的,以便公众能够以此规范自身

行为,刑法的明确性赋予国民对于何为犯罪较高的预测可能性。《刑法》第22条的规定过于抽象笼统,缺乏对具体行为的描述,使得独立预备罪的犯罪预备并不具有类型性、定型性、限定性。一方面,国民在行为前往难以清楚知悉其行为是否构成犯罪;另一方面,“不能确定法条适用的范围或者外延,导致轻微违法行为乃至合法行为都可能包含在法条的文字含义之内”。^⑦当然,如果在个别情况下确有处罚独立预备罪的犯罪预备之必要,则只能在刑法分则中设置明确条款规定后才能定罪处罚。例如,非法利用信息网络罪规制的设立用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组的行为,在作用或者性质上有时可能是发布违法犯罪信息行为的预备行为。

其二,从实质违法性来看,独立预备罪的犯罪预备尚未达到值得科处刑罚的严重程度。紧迫的法益侵害危险是处罚预备犯的实质理由,而独立预备罪的犯罪预备距离现实的法益侵害还比较遥远,客观上尚未对法益形成一定的抽象危险,更近于符合社会规范或具有社会相当性的普通日常生活行为,不仅难以表征行为人的犯罪决意,而且与后续犯罪行为之间缺乏刑法意义上的紧密关联性和高度盖然性。例如,为实施恐怖活动与境外恐怖活动组织或者人员联络是准备实施恐怖活动罪的构成要件行为,而为与境外恐怖活动组织或者人员进行联系而购买专用通讯设备或办理电话卡的行为属于准备实施恐怖活动罪的预备行为,该行为距离实施恐怖活动犯罪尚属遥远,对于公共安全法益的侵害危险并不紧迫。

其三,从国民可接受性来考虑,处罚独立预备罪的犯罪预备属于不当扩大刑法处罚范围,严重挤压公民自由权利的行使空间,必然动摇刑法的根基——保障公民的自由权利,^⑧难以得到公众的认同。筛选特定预备行为独立成罪是立法者理性选择的产物,兼顾了刑法的预防性和谦抑性。设

立实质预备犯本身就是刑事处罚的前置化,如果还要处罚独立预备罪的犯罪预备就意味着可罚性边界再次扩张,即“预备行为的预备行为”也被犯罪化,这将打破法益保护机能与人权保障机能的平衡。刑法的处罚范围并非越宽越好,“如果将人们可以接受的行为规定为犯罪,那么,或是条文被虚置,或者人们对犯罪含义的态度会发生微妙的变化”,^⑨必然减损公众对法秩序的信赖,侵蚀刑罚的威慑力。

四、结语

我国在刑法分则中设立实质预备犯的初衷是限定预备行为的处罚范围,缩小因《刑法》第22条普遍处罚犯罪预备行为造成的庞大犯罪圈。然而,由于实质预备犯是一种将预备行为拟制为实行行为独立成罪的立法技术,本身带有鲜明的功能主义倾向和浓厚的积极预防、早期干预的刑事处罚前置化色彩,且常常与风险管控在同一语境中使用,极易摆脱形式可罚性(行为类型化与定型化)和实质可罚性(紧迫的法益侵害危险)的束缚,在立法实践和司法适用中发生异化:立法上设立实质预备犯不再仅限于保护国家安全、公共安全等重大法益,经济秩序、社会秩序等一般法益领域也出现众多实质预备犯,甚至还在其构成要件中设置具有抽象概括性、包容扩张性的兜底条款,为任意解释入罪“打开方便之门”;司法上往往忽视实质预备犯的目的犯和抽象危险犯属性,频频将主观上不具有特定目的或者客观上没有创设法益侵害危险的预备行为入罪,甚至符合社会规范的普通日常生活行为也被作为独立预备罪的犯罪预备予以定罪处罚。实质预备犯的立法膨胀与司法扩张,导致预备行为的处罚范围不断扩大,相关罪名陷入“口袋罪”的泥沼,过罪化严重侵蚀和限制了公民的自由权利。因此,必须正本清源,着眼于激活实质预备犯的出罪功能,立法上发挥法益的刑事政策(立法批判)机能限定预备行为实行化的

限度,明确独立预备罪的设置领域;司法上遵循目的犯、抽象危险犯原理以及运用同类解释规则等教义学方法,将不值得科处刑罚的预备行为排除出犯罪圈,从而合理划定实质预备犯的处罚边界。

注释:

①劳东燕:《风险社会中的刑法》(第二版),北京大学出版社2023年版,第28页。

②林钰雄:《新刑法总则》(第七版),元照出版有限公司2019年版,第362页。

③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2页。

④[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265页。

⑤周振杰:《日本刑法要论》,北京大学出版社2023年版,第238页。

⑥陈子平:《刑法总论》(第四版),元照出版有限公司2017年版,第390页。

⑦[英]安德鲁·阿什沃斯:《刑法的积极义务》,姜敏译,中国法制出版社2018年版,第213页。

⑧参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,载《政治与法律》2017年第3期。

⑨参见敬力嘉:《实质预备犯语境下宣扬恐怖主义、极端主义罪的教义学重述》,载《当代法学》2019年第4期。

⑩林钰雄:《新刑法总则》(第七版),元照出版有限公司2019年版,第360页。

⑪参见熊亚文:《刑法前置化及其制约》,中国社会科学出版社2022年版,第75页。

⑫参见江苏省连云港市赣榆区人民法院(2018)苏0707刑初443号刑事判决书;江苏省常熟市人民法院(2020)苏0581刑初301号刑事判决书;安徽省蚌埠市怀远县人民法院(2020)皖0321刑初36号刑事判决书;广东省东莞市第三人民法院(2020)粤1973刑初1619号刑事判决书。

⑬绿杰、吴峤滨:《〈关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释〉重点难点问题解读》,载《检察日报》2019年10月27日,第3版。

⑭陈兴良:《虚开增值税专用发票罪:性质与界定》,载《政法论坛》2021年第4期。

⑮参见上海市第二中级人民法院(2007)沪二中刑初字第123号刑事判决书。

⑯参见山东省烟台市芝罘区人民法院(2018)鲁0602刑初250号刑事判决书。

⑰参见最高人民法院研究室编著:《〈刑法修正案(九)〉条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第87页。

⑱[美]哈伯特·L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第360页。

⑲刘艳红:《中国刑法的发展方向:安全刑法抑或自由刑法》,载《政法论坛》2023年第2期。

⑳参见[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18页。

㉑参见林山田:《刑法通论》(增订十版上册),北京大学出版社2012年版,第296页。

㉒[德]弗兰茨·冯·李斯特:《李斯特德国刑法教科书》,埃贝哈德·施密特修订,徐久生译,北京大学出版社2021年版,第162页。

㉓许健:《犯罪预备行为处罚限度研究》,中国人民公安大学出版社2015年版,第150页。

㉔参见阎二鹏:《预备行为实行化的法教义学审视与重构——基于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉的思考》,载《法商研究》2016年第5期。

㉕王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第340页。

㉖梁根林:《预备犯普遍处罚原则的困境与突围——〈刑法〉第22条的解读与重构》,载《中国法学》2011年第2期。

㉗黄荣坚:《基础刑法学》(第三版下),中国人民大学出版社2009年版,第310页。

㉘杜宇:《类型思维与刑法方法》,北京大学出版社2021年版,第79页。

㉙陈兴良:《教义刑法学》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第161页。

㉚参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第51页。

㉛[葡]乔治·德·菲格雷多·迪亚士:《刑法总论(第一卷):基础问题及犯罪一般理论》,关冠雄译,社会科学文献出版社2021年版,第457页。

㉜[德]恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人

民公安大学出版社2006年版,第170页。

③[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第28页。

④熊亚文:《实质预备犯立法的法教义学审视》,载江潮主编:《刑事法评论》第43卷,北京大学出版社2020年版,第205页。

⑤参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第330页。

⑥[德]乌尔里希·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214页。

⑦参见陈子平:《刑法总论》(第四版),元照出版有限公司2017年版,第391页。

⑧参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第138页。

⑨王皇玉:《刑法总则》(第七版),新学林出版股份有限公司2021年版,第368页。

⑩参见刘艳红:《实质出罪论》,中国人民大学出版社2020年版,第98页。

⑪陈兴良主编:《刑法总论精释》(第三版上),人民法院出版社2016年版,第432-433页。

⑫例如,非法利用信息网络罪的主要立法理由是完全查清网络犯罪的全链条存在困难,大量案件仅能查实行为人在网络上实施联络或者其他活动,对于分布在不同地点的人员在线下实际实施的各类危害行为,很难一一查实、查全。同时,网络犯罪的被害人往往分布得比较分散,对被害人及其被害的具体情况难以一一查证。参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第1114页。

⑬参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学2014年版,第12页。

⑭熊亚文:《刑法前置化及其制约》,中国社会科学出版社2022年版,第141页。

⑮[日]山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第277页。

⑯[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第96页。

⑰梁根林:《预备犯普遍处罚原则的困境与突围——〈刑法〉第22条的解读与重构》,载《中国法学》2011年第2期。

⑱[德]乌尔里希·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216页。

⑲参见[日]泷川幸辰:《犯罪论序说》,王泰译,法律出版社2005年版,第122页。

⑳张明楷:《刑法学》(第六版上),法律出版社2021年版,第434页。

㉑参见熊波:《犯罪预备“实行性”规则的释义与适用》,载《地方立法研究》2022年第1期。

㉒参见高丽丽:《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。

㉓刘双阳:《数据法益的类型化及其刑法保护体系建构》,载《中国刑事法杂志》2022年第6期。

㉔[意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2014年版,第28页。

㉕参见郑洋:《我国预备犯的应然处罚模式及其实现路径》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第67卷,法律出版社2021年版,第128页。

㉖黎宏:《〈刑法修正案(九)〉中有关恐怖主义、极端主义犯罪的刑事立法——从如何限缩抽象危险犯的成立范围的立场出发》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期。

㉗参见姜敏:《间接危害行为犯罪化一般限制原则研究》,载《政治与法律》2019年第5期。

㉘参见[德]乌尔里希·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217页。

㉙张明楷:《外国刑法纲要》(第三版),法律出版社2020年版,第255页。

㉚黄荣坚:《基础刑法学》(第三版下),中国人民大学出版社2009年版,第310页。

㉛2020年7月22日,最高人民检察院发布的《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》第6条规定:“依法慎重处理企业涉税案件。注意把握一般涉税违法行为与以骗取国家税款为目的的涉税犯罪的界限,对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为,不以虚开增值税专用发票罪定性处理,依法作出不予起诉决定的,移送税务机关给予行政处罚。”

㉜参见刘双阳:《风险泛在语境下间接危险犯的扩张逻辑

与教义限缩——以信息散布型网络犯罪为视角》，载《河南财经政法大学学报》2020年第6期。

③姜敏、詹惟凯：《论持有型犯罪的性质、正当性根据及其限度》，载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2022年第1期。

④参见平野龍一：『刑法總論Ⅱ』，(有斐閣，1975年)339页。

⑤王爱立主编：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2021年版，第1112页。

⑥[英]丹宁勋爵：《法律的训诫》，杨百揆、刘庸安、丁健译，法律出版社2011年版，第13页。

⑦王政勋：《刑法解释的语言论研究》，商务印书馆2016年版，第166页。

⑧储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社1996年版，第359页。

⑨张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009

年版，第146页。

⑩[日]前田雅英：《刑法总论讲义》(第6版)，曾文科译，北京大学出版社2017年版，第63页。

⑪参见王安异：《对刑法兜底条款的解释》，载《环球法律评论》2016年第5期。

⑫参见江苏省常熟市人民法院(2018)苏0581刑初1890号刑事判决书。

⑬井田良：『講義刑法学・総論』，(有斐閣，2018年)40页。

⑭张明楷：《刑法学》(第六版上)，法律出版社2021年版，第64页。

⑮参见刘艳红：《刑法的根基与信仰》，载《法制与社会发展》2021年第2期。

⑯[美]哈伯特·L. 帕克：《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社2008年版，第355页。

On the Punishment Basis and Limitation of Substantial Offense with Preparatory Nature

Liu Shuangyang

Abstract: The legislative expansion and judicial extension of substantial offence with preparatory nature directly promote the pre-position of criminal punishment and over-criminalization, and the improper enlargement of the scope of criminal punishment limits the exercise of civil liberties and shakes the foundation of criminal law. Looking back on the original intention of legislation, the establishment of substantial offense with preparatory nature in the specific provisions of the criminal law of China was originally intended to counteract the principle of generally punishing formally preparatory offense stipulated in Article 22 of the "Criminal Law", and to limit the scope of preparatory acts subject to punishment from two dimensions of formal punishability and substantial punishability, thus excluding preparatory acts without criminal punishability from the circle of crimes. Because the substantial offense with preparatory nature has a strong hint of active prevention and early intervention, in order to avoid undesirable development of such offenses in the process of legislative practice and judicial application towards the wrong direction of becoming pocket crimes, instrumentalization and arbitrariness, for the establishment of a substantial offense with preparatory nature, it is necessary to limit the legal interest protected to important ones; it is necessary to require the perpetrator to subjectively have a purpose of implementing the subsequent crime and the preparatory act criminalized as an perpetrating act to objectively enjoy the high-level probability of causing or corresponding to an subsequent act of infringing upon legal interests; it is necessary to adopt the ejusdem generis rule to interpret the catch-all paragraph on the substantial offense with preparatory nature which only include those equivalent to or homogeneous as the numerated ones; the preparation for an independent offense with preparatory nature has not yet imposed considerable abstract danger on the legal interest and is not subject to punishment in principle, thus reasonably delimiting the boundary of punishment for substantial offenses with preparatory nature.

Key words: Substantial Offense with Preparatory Nature; Formally Preparatory Offense; Criminal Punishability; Perpetrating Act; the Danger of Legal Interest Infringement