

预防刑法的扩张及其限度

何荣功^{*}

内容提要：预防刑法是刑法开放发展、适应社会变迁的产物，它表现出与传统刑法的结构性差异。预防刑法在我国已由碎片化条款转变为类型化立法。刑法中的“秩序安全”具有双面含义，预防刑法追求对法益侵害的事先预防，实现有效的社会控制，却隐含着扩张和模糊刑法干预界限的风险。刑法立法的预防转向是现代社会法律整体价值立场转换的一个具体面相，未来我国预防刑法的发展不可避免，如何防范预防刑法对法治的解构是一个重要问题。限制预防刑法需要从宪法和刑法两方面进行。对于刑法立法而言，关键在于确立法益侵害危险的规范构造，坚持刑法的谦抑性。

关键词：预防刑法 刑法立法 风险社会 刑法谦抑性

“对犯罪者施以惩罚是社会生活中一件特别令人不安与沮丧的事情。作为一项社会政策，惩罚一直无法实现其雄心而令人失望，同时危机与矛盾也不断削弱它的效果；作为一项道德或政治议题，惩罚易引起过度的激情、深层的利益冲突以及难解的争论。……惩罚之所以如此令人困惑与失望，原因在于我们一直试图将深层的社会议题转化成专门制度下的技术任务，……窄化了我们对于惩罚现象的认知，模糊了惩罚背后的复杂社会因素。”〔1〕刑事制裁的功能局限决定了国家在制度构建方面，应尽可能避免将社会问题纳入刑事程序进行处理。正因为如此，近世法治国家普遍将刑罚作为社会治理的最后手段，不得已才用之，谦抑主义被奉为刑法的根本原则。但在过去的近半个世纪中，面对风险社会的来临，刑法的谦抑图像正在发生结构性转向。尽管刑法的任务依然是保护法益，但刑法已经变成一件工具，正在成为全新的综合性安全框架的一部分。〔2〕作为社会安全强化机制的预防刑法由此获得了茁壮成长的契机。

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

* 武汉大学法学院教授。

本文为2015年度国家社科基金一般项目“刑事立法的新近扩张及其法治限度研究”（15BFX051）的阶段性成果。

〔1〕 David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 1.

〔2〕 参见〔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，第30页。

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，着重于防范潜在的法益侵害危险，从而实现有效的社会控制。预防刑法以及由此催生的刑罚积极预防机能的空前强化，展示了现代刑法正在经历规范结构和机能上的综合调整。

任何惩罚制度都是社会结构的缩影，作为社会机制的一种，预防刑法在当前社会的出现和发展，究竟反映着何种社会现象及本质？它是否代表着一种不可替代的时代趋势？我国是否同样存在传统刑法的预防转向？本文主要围绕这一重要的法律规范现象，试图从刑法与社会的关系角度进行阐述和思考。

一、预防刑法在我国：规范表现与构造

（一）预防刑法的规范表现

传统刑法主要针对过去的犯罪行为，但这并非其全部方面，即便在历史上最具报复性的刑法体系中，国家也不会完全放弃使用刑罚这一谴责机制来预防危害的发生。^{〔3〕}只是在传统刑法的框架中，预防并非独立的国家策略，国家所能仰仗的主要是制裁措施所衍生的预防效果。^{〔4〕}换句话说，在传统古典刑法的概念中，预防犯罪并非国家惩罚犯罪所追求的直接目的，而是惩罚的伴随结果，刑法的预防机能是消极的。其后，伴随着危险犯的大量出现，刑法的预防机能被重视，但预防刑法作为一项整体性的国家刑事政策，则形成于晚近各国与新类型犯罪的斗争中。比如在德国，预防刑法是国家为应对恐怖主义、有组织犯罪、经济犯罪、计算机犯罪和其他形式的复杂犯罪而出现的新趋势。^{〔5〕}

强调刑法预防机能的观念在我国的两部刑法典中都有体现。比如，两部刑法典原则上都处罚未完成形态的犯罪，包括预备犯和未遂犯。但是，刑法的这一立场更多是立足于主观主义刑法观和对犯罪人人身危险性的关注。预防作为自觉的整体性立法指导思想和刑事政策，则形成于近期的刑法修正，这尤其体现在刑法修正案（八）和刑法修正案（九）之中。从规制对象看，预防刑法条款也主要针对新类型犯罪。

1. 立法指导思想的发展与预防刑法的生长

刑法修订必须“以宪法为根据，以我国的实际情况为出发点和归宿”，^{〔6〕}这是1997年修订刑法时确立的立法指导思想。其后，该立法指导思想不断丰富，比如刑法修正案（八）要“加强对民生的保护”；刑法修正案（九）在强调刑法要坚持正确的政治方向、坚持问题导向和宽严相济刑事政策的同时，创造性地提出要“坚持创新刑事立法理念，进一步发挥刑法在维护社会主义核心价值观、规范社会生活方面的引领和推动作用”。^{〔7〕}国家在立法指导思想层面强调“问题导向”和刑法参与解决社会问题，势必会推动刑法立法的活性化，

〔3〕 See Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 95.

〔4〕 参见〔德〕迪特儿·格林：《宪法视野下的预防问题》，刘刚译，载刘刚编译：《风险规制：德国的理论与实践》，法律出版社2012年版，第112页。

〔5〕 参见〔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、江溯等译，中国法制出版社2012年版，作者自序第4页。

〔6〕 参见李淳、王尚新主编：《中国刑法修订的背景与适用》，法律出版社1998年版，第3页。

〔7〕 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时2014年10月27日在第十二届全国人大常委会第十一次会议所作《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）（草案）〉的说明》。

最终形成积极的刑法立法观。^{〔8〕}而一旦在立法指导思想强调刑法对社会生活的“引领和推动作用”，传统刑法所秉持的刑法的保障法地位、刑法的谦抑性将面临挑战，预防刑法就会获得快速发展的思想支撑。

2. 预防刑法在刑法分则条款中的体现

预防刑法以实现社会风险预防与控制为思想主线，追求刑法干预的功能化。其在法律规范上主要体现为刑罚处罚的早期介入，大量处罚抽象危险犯和犯罪预备行为。

（1）抽象危险犯的增设和处罚的早期化

立法频繁增设关于抽象危险犯和处罚早期化的规定，是我国近期刑法立法的重要特色。比如，刑法修正案（五）对于妨害信用卡管理罪采取了行为构成要件的立法技术，就明显体现了刑罚前置化的立场。再比如，刑法修正案（八）增设危险驾驶罪（抽象危险犯）；将刑法第141条生产、销售假药罪由具体危险犯修改为抽象危险犯；修改污染环境罪的构成要件，成立本罪不再要求造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果，而是只要实施了违反国家规定的行为，严重污染环境，即可成立本罪。^{〔9〕}

（2）恐怖主义犯罪

如果说在刑法修正案（九）之前预防刑法的立法条款只是碎片化的，主要针对个别行为类型，那么，预防刑法在刑法修正案（九）关于恐怖主义犯罪的规定中就得到了突出的类型化、整体性呈现。当然，这与我国近年反恐立法明显以安全和预防为价值导向有关。比如，反恐怖主义法第5条指出，“反恐怖主义工作坚持……防范为主、惩防结合和先发制敌、保持主动的原则”，明确了“预防为主”的反恐国家战略。^{〔10〕}具体到刑法条款，传统刑法以结果为本位的立法技术，在恐怖主义犯罪领域基本被抛弃。

首先，预备行为普遍正犯化。与很多西方国家的刑法不同，我国刑法原则上处罚犯罪预备行为。刑法第22条第2款规定：“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”可见，虽然刑法原则上处罚预备犯，但处罚立场还是缓和与多元化的。实践中，在综合考虑案件证据、行为的社会危害性及其程度后，司法机关实际惩处预备犯的情形并不多见。然而，刑法修正案（九）超越刑法关于犯罪预备的一般规定，增设刑法第120条之二准备实施恐怖活动罪，将为恐怖活动做准备的行为普遍正犯化。不难看出，这种特别罪刑条款的设置，从根本上修正了刑法总则关于缓和处罚预备犯的规定。

其次，刑法第120条之三、之五的规定更是凸显了预防刑法的立场。在刑法一律处罚准备实施恐怖活动的行为的同时，刑法第120条之三、之五还分别增设宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪和强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪。从设定的行为类型看，无论是宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动的行为，还是强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志的行为，相对于恐怖活动的具体实行，虽然不排除这些行为具有一定的社会危害性，但单纯的宣扬行为和强制穿戴行为在行为阶段和危害程度方面，尚难以被认为属于准备实施恐怖活动的行为。立法将此类行为规定为犯罪，更多体现的是“打早打小，露头就打”的反恐政策考量。

〔8〕 参见周光权：《积极刑法立法观在中国的确立》，《法学研究》2016年第4期，第23页以下。

〔9〕 参见黄太云：《〈刑法修正案（八）〉解读（二）》，《人民检察》2011年第7期，第55页，第62页。

〔10〕 参见何荣功：《“预防性”反恐刑事立法思考》，《中国法学》2016年第3期，第148页。

最后，非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪也体现了明显的预防导向。持有型犯罪是指，在明知的情情况下，因占有违禁物品而构成犯罪的情形。持有型犯罪本质上属于立法的有罪推定，^[11] 因为持有行为对法益的侵害风险是间接的，单纯的持有并不会导致法益侵害发生，只有在行为人进一步使用违禁品的场合，才会发生法益侵害。因此，包括刑法修正案（九）新增的非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪在内，持有型犯罪的处罚根据主要在于危险预防，这属于典型的预防刑法条款。^[12]

（3）网络犯罪

首先，拒不履行信息网络安全管理义务罪大大扩张了网络服务提供者的刑法义务。刑法修正案（九）增设刑法第 286 条之一拒不履行信息网络安全管理义务罪的目的在于，强化网络服务提供者的网络安全管理义务，维护信息网络安全。^[13] 为了限定处罚范围，刑法规定，成立本罪，网络服务提供者除了不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，还要“经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”，并“致使违法信息大量传播”或者“致使用户信息泄露，造成严重后果”或者“致使刑事案件证据灭失，情节严重”或者“有其他严重情节”。但是，不管立法上对本罪的成立条件在情节上如何进行限制，本罪所针对的都是网络服务提供者不履行网络信息安全管理义务的行为。换句话说，国家基于维护网络信息安全的政策考量，强制施与网络服务提供者刑法上的管理义务，以促使网络服务提供者积极参与维护信息网络安全，这显然是预防刑法的逻辑。

其次，帮助信息网络犯罪活动罪扩大了对中立行为的刑法干预。在现实生活中，为他人提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持的行为，属于网络服务提供者的经营行为，具有技术中立的性质，但上述行为客观上很可能为信息网络违法犯罪活动提供便利，起到“促进”和“帮助”的作用。因此，在为他人提供互联网接入、服务器托管等服务的场合，网络服务提供者的义务范围成为重要问题。2000 年全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》规定：“从事互联网业务的单位要依法开展活动，发现互联网上出现违法犯罪行为和有害信息时，要采取措施，停止传输有害信息，并及时向有关机关报告。”2012 年全国人大常委会《关于加强网络信息保护的决定》指出：“网络服务提供者应当加强对其用户发布的信息的管理，发现法律、法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告。”为了实现网络的共同治理，网络安全法^[14] 强调网络服务提供者要履行网络安全保护义务，承担社会责任（第 9 条）；其第 47 条规定：“网络运营者应当加强对其用户发布的信息的管理，发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，防止信息扩散，保存有关记录，并向有关主管部门报告。”由以上可见，无论是《关于维护互联网安全的决定》《关于加强网络信息保护的决定》，还是新近颁

[11] 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 144 页。

[12] 参见前引 [3]，Andrew Ashworth 等书，第 99 页。

[13] 参见前引 [7]，《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉（草案）的说明》。

[14] 需要指出的是，网络安全法于 2016 年 11 月 7 日发布，自 2017 年 6 月 1 日起施行，施行时间晚于刑法修正案（九）。

布的网络安全法，都规定了网络服务提供者（网络运营者）的信息网络安全管理义务。^{〔15〕}刑法修正案（九）新增帮助信息网络犯罪活动罪，进一步将上述信息网络安全管理义务上升为刑法义务，目的同样在于通过施与网络服务提供者特别的刑法义务，强化对信息网络违法犯罪活动的预防。

最后，刑法修正案（九）增设刑法第287条之一非法利用信息网络罪，并将其设置为行为犯，不仅简化了犯罪事实证明标准和证明程序，也使得刑法对相应违法犯罪行为的介入时点得以提前，体现了预防刑法的立场。

（二）预防刑法的构造及对传统刑法的偏离

与传统事后回应型刑法相比，预防刑法在对犯罪的属性、法益概念的机能、刑法的性质及体系地位的理解等方面，表现出以下结构性差异。

第一，关于犯罪的属性：犯罪由社会问题转变为社会危险。在传统刑法（尤其是刑法福利主义）的框架中，犯罪被视为一种社会异常问题。既然是社会问题，对犯罪问题的处理就要求助于社会政策改革、预防犯罪措施的导入与革新，而刑罚的目的就在于矫正犯罪人，使其复归社会，重新实现社会整合与团结。所以，传统刑法的中心议题是犯罪后行为人的公正处置和社会回归。但在预防刑法的框架中，犯罪被看作是一种社会危险，既然是危险，国家就会倾向于诉诸预防性措施。刑法演变成一套控制法益侵害危险的手段与机制，刑法制度的中心问题转变为国家如何通过刑法实现对法益侵害危险的有效预防和控制。

第二，关于法益概念的机能：从约束刑罚权到引导刑罚权扩张。自法益概念进入刑法以来，在立法上，法益主要承担着证明国家刑罚干预合理性的功能，以维护刑法的确定性，避免刑罚发动的恣意与工具化。法益概念的这一机能甚至被罗克辛认为是德国刑法学为欧洲法律文化奉上的最为重要的馈赠之一。^{〔16〕}但在预防刑法的观念中，法益概念的机能不仅是消极地限制刑罚权，更是结合危险预防与规范效率等纯粹政策性观点，转向积极证立国家刑罚权的扩张。^{〔17〕}

第三，关于刑法的性质：从司法法走向警察法。在传统立法法、司法法和行政法的体系分类中，刑法以法的安定性为指导原理，属于司法法的范畴。^{〔18〕}保障人权、避免刑罚权的滥用，是近代以来法治刑法的价值支撑。但在预防刑法中，刑法越来越成为社会防卫机制的一部分，预防危险、追求安全和助力社会控制成为优先的价值选择，刑法与警察法的界限开始变得模糊不清。

第四，关于刑法在法律体系中的地位：不再恪守刑法的最后手段性。在传统古典刑法看来，受理性支配的刑法立法必须尽可能针对可观察的现实侵害确定处罚规范。刑法的明确

〔15〕 《关于加强网络信息保护的决定》和网络安全法都规定网络服务提供者（网络运营者）应当加强对其用户发布的信息的管理，但法律规定的网络服务提供者（网络运营者）的管理义务，并不包括事前实质性审查他人所传输信息内容的真实性、合法性，而只应限于事后发现违法犯罪活动后停止传输、报告和删去相关信息等义务。一方面，这是文义解释的当然结论。另一方面，无论是互联网接入还是服务器托管等网络服务提供行为，在本性上都属于网络服务提供者（网络运营者）的商事经营行为。面对海量信息，网络服务提供者（网络运营者）难以辨别真伪，要求其履行实质性甄别义务，审查信息的真实性与合法性，会给网络运营造成妨碍。参见周光权：《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，第130页。

〔16〕 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，第54页。

〔17〕 参见古承宗：《风险社会与现代刑法的象征性》，台湾《科技法学评论》第10卷（2013年）第1期，第141页。

〔18〕 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第20页。

性、处罚范围的谦抑和节制，成为传统刑法的核心内容，从而使古典刑法呈现出保守性。^{〔19〕}但在预防刑法中，基于预防风险和社会管控的需要，刑法的附属性不再被严格遵守，刑法有时不会再耐心等待民事、行政法律、法规干预无效时才出手；国家可能会使用刑法手段来管控一般社会生活领域；立法上也可能将一些被日常观念评价为“中性行为”的行为犯罪化。^{〔20〕}

二、预防刑法的悖论：优势与法治困境

（一）刑法的开放发展与预防刑法的实践合理性

任何社会理想总是要适应现实的社会关系，法律命题也只是现实社会的规范写照。人们之所以要创造一定的法律命题，是因为现实的社会生活提出了这种要求。如果现实中并不存在这种要求，就不可能为保障其实现而提出法律命题。^{〔21〕}预防刑法作为一项时代命题，对应着一定的时代背景与现实社会需求。

1. 社会需求、刑法的象征功能与预防刑法的发展

以启蒙运动为思想起点的传统刑法奉行自由意志与风险自担，不主张刑法对社会秩序过分干预。然而，相较于启蒙哲学时代的政治经济氛围，现实风险社会的规范议题不再是强调国家统治权力的过度集中，或是自由应如何分配等，而是聚焦在社会持续处于一种高度依赖社会控制机制的氛围，亦即要求国家积极采取行动排除危险，实现安全保证的需求。^{〔22〕}法律作为一种以国家强力保障实施的公共政策，其本身所代表的意义就是国家透过风险管控完成维护安全的任务。现实社会因风险而特别呈现出一种不安全的社会结构及情绪氛围，针对人们日益不安的情绪，控制风险以安抚民众成为现代社会压倒性的政治需要。^{〔23〕}因此，社会需要国家提供一套担保仪式，此一担保仪式便成为刑罚的正当性所在。^{〔24〕}较之以保守和谦抑性为特征的传统刑法，预防刑法可以向国民更有力地展示刑法的担保仪式，满足国民对安全的渴望，亦可以向国民展示国家对民众负责的姿态，从而赢得国民对国家的支持。而一旦国民对安全的现实需求汇聚成刑事政策压力，并最终通过目的的管道传递至刑法体系内部，则难免驱使刑法体系向预防目的的方向一路狂奔。^{〔25〕}从法律作为国家认可的现代社会治理规则体系的功能来看，随着风险社会的来临，必然意味着现实社会的法是预防性的法。在危险防御和秩序管制的思维下，有造成社会系统风险之虞的行为自然应受刑法规范的调整。因此，可以认为，刑法立法的预防转向只是现代社会法律整体价值立场转换的一个具体面相，是无法避免的时代趋势。

2. 刑法立法的预防转向是现代国家职能发展的结果

在近代法治国的图像中，国家扮演着“守夜人”的消极角色。基于对公权力的高度不信任，法治国的核心在于通过法律的确定性来塑造和制约国家公权力，保证国家权力对公

〔19〕 参见前引〔8〕，周光权文，第26页。

〔20〕 参见前引〔15〕，周光权文，第126页以下。

〔21〕 参见〔日〕川岛武宜：《现代化与法》，申政武等译，中国政法大学出版社2004年版，第221页。

〔22〕 参见前引〔17〕，古承宗文，第130页。

〔23〕 参见劳东燕：《风险社会中的刑法：社会转型与刑法理论的变迁》，北京大学出版社2015年版，第33页。

〔24〕 参见前引〔17〕，古承宗文，第127页。

〔25〕 参见前引〔23〕，劳东燕书，第31页。

民自由的干预符合正义原理。行政法领域法律保留原则、比例原则以及刑法上罪刑法定原则的确立，都是避免国家滥用权力侵犯公民权利的基本原则与制度。但随着晚期现代性社会的到来，国家的角色和任务已经发生了根本性转变。如何防范政治、经济、社会等领域的潜在风险，有效应对危机，为公民提供安全的生活条件，成为国家的核心任务，行政的任务也从福利行政向风险行政转变。^[26] 国家任务的变化和国家职能的扩张不仅体现在行政领域，也不可避免地波及国家的立法和司法活动。刑法作为国家公共政策的一种，根植于特定时期国家的政治、经济和社会结构。“灾难频发的现实与公众日益觉醒的忧虑合力，将风险控制植入政治议程的核心，政府被要求强化规划未来生活，提供安全保障的职责，而这一职责的扩张亦将引发法律的深刻挑战”。^[27] 刑法偏离以保守和中立为特征的传统司法特性，就是刑法功能转型的一个侧面，折射出的是刑法在现代风险社会中日益接近政治，并日渐行政化和政策化。

3. 预防刑法在现代社会的出现具有民主政治上的合法性

大约自20世纪70年代起，在德国及整个西欧，刑法都有了很大的发展，这种发展既涉及实体刑法，也涉及刑事诉讼法，其特点是刑事政策的强化，而刑事政策的强化绝对没有违背公众的意志，而是得到公民的各种正面期许和赞同。^[28] “在每一种令人愤慨的状态中，都会把刑法作为解决社会问题的神奇武器，并且会完全无限地信赖这种神奇武器的功效，但是，这种刑法观并不适用于我们关于实体刑法的传统所描绘的图画，在我们关于实体刑法的传统构想中表明的是‘断片刑法’或者‘作为最后手段的刑法’”。^[29] 上述情形在我国同样存在。“乱世用重典”的法律文化传统、刑法作为社会问题解决手段的工具性理念，使得我国社会中一直存在对刑法的旺盛需求，社会上总是存在各种建言新增罪名的拳拳之情和热切呼吁。^[30]

刑罚作为和平时期国家对公民适用的最强烈的谴责机制，本质上是一种“恶”，社会本应对刑事政策强化所导致的刑法扩张持警惕之心，但为何刑事政策的强化不仅没有违背公众意志，反而得到公众的正面期许和赞同？个中道理不难理解。如前文指出，以刑法为载体所传达出的刑事政策强化，为国民提供了仪式性的安全保障，满足了民众对安全需求的期待心理；另一方面，国家以此向民众展示其已采取行动应对侵害风险。正如学者所言，“不论风险社会的风险是否为生态、核能、化学性风险，或者只是诠释为一种（被刻意塑造的）莫名的心理恐惧，在面对当代社会因为不安全感而提出之降低或者排除风险（恐惧）需求，国家只好有意识地持续扩张自身的保护任务范围，以及重新调整法规范现有的体系的结构”。^[31] 较之传统刑法以结果为本位的立法技术，预防刑法更能代表一种对规范有效性的宣传以及满足公众的安全心理需求，自然会得到民众的青睐，从而获得民主政治上的合法性。而且，现代政治越来越清晰地发现，刑罚方案是可以立即实施的，而且是容易实

[26] 参见[德]汉斯·J·沃尔夫等：《行政法》第3卷，高家伟译，商务印书馆2007年版，中文版前言第3页。

[27] 赵鹏：《风险社会的自由与安全》，载沈岿主编：《风险规制与行政法新发展》，法律出版社2013年版，第3页。

[28] 参见[德]哈塞默尔：《面对各种新型犯罪的刑法》，载中国人民大学刑事法律科学研究中心编：《明德刑法学名家讲演录》第1卷，北京大学出版社2009年版，第22页。

[29] 同上书，第27页。

[30] 参见熊永明：《我国罪名建言热潮之隐忧及其批判》，《法学评论》2015年第6期，第113页以下。

[31] 前引[17]，古承宗文，第126页。

施的；就算它在各方面是失败的，也同样可以宣称惩罚的目标已经“生效”。^[32]

4. 规范有效性不足与预防刑法的生长

预防刑法的出现和成长还与既有规范面对风险时的治理无效或不足密切相关。众所周知，现代社会的风险治理所依赖的是整体性的规范体系，其中既有道德伦理规范，也有法律规范；既有民事、行政法律法规，也有刑事法律规范。对于社会问题和法益侵害风险，如果非刑法规范能够很好地解决，刑法参与社会治理的必要性就会弱化；反之，如果非刑法规范的治理效果不好或者失效，国民的不安感就会上升，社会对刑法的需求就会提高，刑法在社会治理体系中的重要性就会凸显。在现代社会中，法律作为国家为实现社会良好治理而做出的制度投资，刑法只是其中的一个分支。当其他制度规范的整体性供给不足时，刑法的功能就会被倚重，刑法就会扩张、膨胀。面对当前的风险社会与信息社会，世界范围内各国的既有制度对风险的治理，都显现出严重滞后、治理不足或无效等问题，预防刑法在一定程度上反映了既有制度规范与现实需求之间的供需不平衡。

（二）刑法中的“秩序安全”与预防刑法的法治困境

由以上分析可见，预防刑法是社会需求的产物，具有种种合理性和优势，但预防总是与无限制相联系，具有不确定性和难以捉摸的特性，具有与生俱来的“越早越好”的内在扩张逻辑。^[33]于是，以下疑问在所难免：预防刑法是否会威胁和改变法治国的核心价值？倘若刑法一意追求预防导向，是否会模糊刑法干预社会的应有界限？^[34]这些疑问是法治国家必须认真对待的。

1. 刑法中“秩序安全”的双面含义与预防刑法的难题

预防刑法是国家在面对风险社会时向社会安全需求作出的妥协与让步，是国家以社会安全为优先价值考量的结果。德国学者考夫曼指出，法律价值或理念并不是定居在一个全然和谐的价值天堂，而是处于人的世界，因此是有限而暂时的。^[35]如今，社会变革正在加速，负有制定法律和实施法律之重任的人们，在面临需要作出各种法律决策的新形势时，必须比他们的前辈具有更强的适应性。而公众对法律之信任的保持，有赖于立法者与法官们在现代社会条件下适当地综合法律传统中各种价值的能。^[36]启蒙运动以来，国家的存在被普遍认为并无绝对价值。作为一种由人类建构的机能存在物，国家的目的和机能被界定为保护公民的生命、身体、财产等自由与权利。但是，国家这个利维坦有两张面孔，一面是养育公民，为公民提供保护和帮助；另一面是过于庞大的国家权力威胁着公民的自由和财产权。^[37]即便在现代法治国家，国家仍然是一个内部充斥矛盾的机能建构物，它虽然是作为公民安全的保证人而被塑造，但在实际运行中却总是公民权利的威胁者。刑罚权作

[32] See David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 200.

[33] See Rik Peeters, *The Price of Prevention: the Preventive Turn Consequence for Role of State*, 17 (2) *Punishment & Society*, 167-168 (2015).

[34] 参见前引 [5]，齐白书，第 205 页。

[35] 参见 [德] 阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2011 年版，第 212 页。

[36] 参见 [英] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版社 2004 年版，第 365 页。

[37] 参见前引 [28]，哈塞默尔文，第 40 页。

为国家权力的分支，也无法摆脱这一与生俱来的悖论，即刑法原本为打击犯罪、保护社会而生，但实践中却常常异化为公民权利的威胁者。近代以来，无论是刑法上罪刑法定原则、法益侵害原则、行为主义的确立，还是刑事程序上种种人权保障措施的引入，其目的皆在于通过限制和规范国家刑罚权，避免国家刑罚权任意侵犯公民自由。对此，拉德布鲁赫有精辟的总结：“自从有了刑法以来，自从国家代替受害人实施报复以来，国家就承担着双重使命：国家的任何行动不仅要保护共同体更好地对抗犯罪，而且还要保护犯罪人不受受害人报复，所以直到今天，刑法不仅用来对抗犯罪人，而且用来照顾犯罪人。它的目的不仅是设立国家在刑罚上的权力，而且要限制国家在刑罚上的权力，它不仅是可罚性的渊源，而且是可罚性的限度，因此表现出悖论：它不仅要保护国家免遭罪犯侵害，而且要保护‘罪犯’免受国家侵害；它不仅要保护公民免受犯罪人侵害，而且要保护公民免遭检察官侵害，成为公民反对法官专断和法官错误的大宪章。”〔38〕国家的法治图像在根本上塑造着刑法的图像。刑罚权是一把双刃剑，在其悖论属性不可能被根除的情况下，解除对刑罚权的规范限制，期望其实现对法益侵害危险的彻底预防，很可能只是我们的一厢情愿。

在法治国的逻辑中，法律作为遏制国家恣意的手段，它所使用的方式是使公权力的行使受到虽然并非不可改变但却是事先制定的规则的约束，〔39〕从而实现法秩序的安定性。以刑罚权为主要内容的刑法更需要法的安定性。刑法的安定性，一方面是刑法本身的安定性，包括刑法本身是实定的、明确的、相当稳定的，不会轻易变更；另一方面是指通过刑法而达成的安定性，这不仅有利于国民自由行动，还能预防犯罪、保护法益，维护人们的生活秩序。〔40〕而只有当刑法本身是安定的，才能通过它达成社会秩序的安定，这就是现代国家普遍将罪刑法定主义视为刑法“铁则”的原因所在。

一言以蔽之，因为国家的法治图像是双面的——既是公民权利的保护者，也是公民权利的威胁者——所以刑法的法治图像也是双面的，从而刑法中的“秩序安全”也具有双面含义。在国家的法治图像没有改变之前，单方面对刑法的预防机能给予美好期待，放松对刑罚权的限制，很可能会动摇刑事法治的根基，结果反而事与愿违。

单从形式上看，预防刑法表现为立法规制所针对的中心由结果调整至行为，刑法规制前移至对风险行为的规制。其实质上体现出的政策思想是，为了使未来可控，法律放宽了对国家刑罚权的约束。对此，我们必须追问的是，如果没有新的约束机制，如何保证国家刑罚权不会发生异化从而威胁公民自由？风险社会的来临，并非仅仅因为人类面临着来自自然界的种种危险和不确定性，也不仅仅因为现代技术性风险的日益增多与扩散，还在于工业社会经由自身系统而制造的危险。〔41〕在自身系统制造的风险中，人们用来应对风险的现代社会治理机制和各种治理手段本身，就是滋生新型风险的罪魁祸首，〔42〕这其中就包括作为现代社会治理手段的刑法。针对欧洲国家种种以反恐为目的的预防刑法措施，德国学者希尔根多夫忧虑地指出：“虽然当恐怖组织引起大规模的严重伤害或者死亡的危险时，自

〔38〕 [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，商务印书馆2013年版，第141页。

〔39〕 参见前引〔4〕，格林文，第130页。

〔40〕 参见张明楷：《刑法学》上，法律出版社2016年版，第16页。

〔41〕 参见 [德] 乌尔里希·贝克：《世界风险社会》，吴英姿、孙淑敏译，南京大学出版社2004年版，第102页。

〔42〕 参见前引〔23〕，劳东燕书，第16页。

由让位于安全是合理的做法，但是，如果国家想有效地保护其公民，就必须采取适当的和必要的手段。……刑法的每一种严厉化，许可的通缉方法的每一种扩展都伴随着一部分自由的丧失。自由的丧失是逐渐发生的，并且几乎是未被觉察的。因此，人们需要反复地检讨，新的惩罚措施事实上是否更好地保障安全，还是说它们只会以民粹主义的方式通过政治活动进行迷惑。正是鉴于恐怖主义的挑战，才更要保持刑事政策的客观性和目的的合理性。那些想限制公民自由的政治家有义务说明，他们所建议的措施事实上是否能够增进安全。”〔43〕与其说希尔根多夫所表达的是对预防性反恐刑事立法的忧虑，还不如说他是借预防性反恐刑事立法，表达对现代刑法未来发展方向的疑虑和担心。

2. 公民积极义务的增加及其问题

义务应当在何处止步是社会哲学所面临的一项最艰巨的课题。〔44〕危险预防的实现有赖于公民与公民之间以及公民与国家之间加强合作，若以刑法干预为工具来实现社会风险的预防与控制，则势必增加公民的刑法义务。比如，为了预防恐怖主义犯罪，刑法修正案（九）将刑法第311条修改为拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪，〔45〕公民的刑法义务扩张至与国家合作打击恐怖主义、极端主义犯罪。〔46〕公民刑法义务的增加必然伴随着刑法干预范围的扩大，立法者需要证立其正当性。又如刑法修正案（九）新增的拒不履行信息网络安全管理义务罪和帮助信息网络犯罪活动罪。根据刑法的规定，拒不履行信息网络安全管理义务罪属于不作为犯。网络服务提供者的作为义务，即信息网络安全管理义务，如前文分析所指出，并不包括网络服务提供者须事前实质性审查他人所传输信息内容的真实性、合法性的义务，而只应限于事后发现违法犯罪信息时停止传输和删去相关信息并报告有关主管部门的义务。〔47〕尽管这种对信息网络安全管理义务的限制解释，可以在一定程度上限制本罪的处罚范围，但仍然无法从根本上解决本罪所面临的法理疑问。一方面，提供网络服务是宪法赋予网络服务提供者的经营自由，本质上是商事经营行为；另一方面，责任自负作为刑事归责的基本原则，是宪法所保障的人性尊严在刑法领域的体现，该原则在网络犯罪领域也不得随意设置例外。实践中，网络服务提供者的行为情形复杂。有些场合网络服务提供者也是网络信息的收集者，其当然负有信息安全管理义务，立法将拒不履行法定义务情节严重的情形规定为犯罪，并不违反责任自负的刑法原则。而有些场合网络服务提供者只是单纯提供服务，比如网络信息发布，此时网络服务提供者和网络用户是平等的行为主体，两者的关系决定了网络服务提供者的保证人地位以及由此产生的作为义务是非常薄弱的。同样，在帮助信息网络犯罪活动罪中，网络服务提供者为他人提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等服务，这些行为在性质上同样属于商事经营活动。因此，不管是拒不履行信息网络安全管理义务罪，还是帮助信息网络犯罪活动罪，既然网络服务提供者并不属于国家职能部门，从事的都是商事经营活动，那么，

〔43〕 [德] 埃里克·希尔根多夫：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯、黄笑岩等译，北京大学出版社2015年版，第44页。

〔44〕 参见 [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第15页。

〔45〕 修改后的刑法第311条规定：“明知他人有间谍犯罪或者恐怖主义、极端主义犯罪行为，在司法机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

〔46〕 参见前引〔10〕，何荣功文，第150页。

〔47〕 参见涂龙科：《网络内容管理义务与网络服务提供者的刑事责任》，《法学评论》2016年第3期，第66页以下。

从正当性的角度讲,就难以当然认为其在刑法上负有信息网络安全管理义务和预防他人实施违法犯罪活动的义务。

当然,法律从来都不只是保护公民个人权利,也要保护社会,还要考虑法律的可实施性。面对互联网上的海量信息,若继续坚持传统的社会管理思路,单纯依靠政府部门监管,将难以维护网络安全秩序。在这种情况下,网络安全法律、法规强调网络服务提供者要承担社会责任,强制施与其一定的信息网络安全管理义务,从国家行政管理的立场看,并非没有道理。但问题在于,刑法在性质上毕竟有别于行政法和社会管理法,其作为司法法,应当针对法益侵害行为,而不能简单地将刑法视为国家进行社会管理的手段。刑法修正案(九)新增拒不履行信息网络安全管理义务罪和帮助信息网络犯罪活动罪,将网络服务提供者的社会责任和管理义务,径直提升为刑法义务,不能不说在很大程度上超越了对刑法的属性及其体系地位的传统定位,这一立法修正所彰显的正是优先保护网络安全的价值取向。

(三) 小结

对于社会治理中预防和事后惩罚的配置关系,德国学者迪特儿·格林写道:“在任何时代,预防都是公权力所需要的一种手段。即使是自由国家,也会允许警察事前预防,而不只是在警局坐等违法行为的出现,同理,也没有哪个国家能够把对不法行为的预防措施配置得如此精妙,以至于可以完全放弃事后惩戒。”^[48]对于现代国家治理来说,无论是预防还是惩戒,不能简单地倚重任何一方。如何平衡两者之间的关系,根本上取决于国家的政治偏好、宪法立场以及在现有国家治理体系中部门法的具体分工。

“预防优于治疗和补救”,“不能等到花瓶打碎了再去修补”,这些都是朴素的事理。预防措施如果运用得当,对个体来说,能使其免受侵害,而事后制裁最多是提供补偿,却无法恢复如初;对整体来说,及时采取预防措施,可以减轻社会负担或避免更大的冲突。^[49]与传统事后回应型刑法相比,不可否认,预防刑法能起到一定的阻止危险、保护法益的效果,但其所隐含的巨大的法治风险和运行成本,也使其不能当然成为值得国家优先选择和提倡的制度。“每个社会都是通过与义务、愿望和正义的理想相联系的任务关系构成的。在这种情况下,任务的平衡问题,常常是一个正义问题”。^[50]对于犯罪治理,究竟是固守传统的刑法谦抑性立场,还是采取预防刑法模式,事关刑法正义。另外,在我国的主流观念语境中,“保守”通常具有一定的贬义,但刑罚权的发动及行使界限事关公民基本权利,国家对此需要坚持理性和慎重的态度,而不能因为传统刑法具有保守性,就简单地认为其已不符合现代社会的发展趋势。

三、对预防刑法的法治控制

(一) 整体思路

现代社会充满风险与不确定性,个中风险既来自晚期现代社会的新技术,也源于制度

[48] 前引[4],格林文,第111页。

[49] 同上文,第112页。

[50] [英]尼尔·麦考密克、[奥]奥塔·魏因贝格尔:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社2004年版,第266页。

规制本身。“风险不论是具体或抽象描述的事实状态，或者只是纯粹心理的恐惧感受，都会不断被转译成简化的安全概念。在概念转译过程中，当代社会同时也形成了一股股刑法应当积极扩张适用范围的压力”。〔51〕预防性国家行为的扩张和全新定位，不应被看作风行一时的潮流。相反，它们是对社会变迁的政治反应，就此而言，尤其是从这些预防行为的核心内容来看，它们仍是结构性的现象，因此，支撑性的底层结构若不发生改变，预防行为也就不会消失。〔52〕因此，无视社会变迁，单纯强调刑法应回归古典立场的主张并不现实，也无益于问题的解决。我们应当在正视刑法理论应时所需而经历演变的基础上，思考刑法体系的开放性与公正性之间的关系，寻求如何在开放与公正之间保持适当的平衡，构建实现平衡的可行框架。〔53〕

在美国，面对刑法的急剧扩张，胡萨克提出了对犯罪化的内部和外部双重限制措施，〔54〕这一思路值得提倡。首先，刑法作为独立的法律部门，其体系内部早已形成一套自足的教义学原理，刑法只有在内部寻找到有效制约预防刑法的机制和原理，才不至于丧失其独立存在的价值。其次，预防刑法只是预防性国家行为的规范表现。“预防性国家行为陷入一种两难境地。在其防范自由所遭遇的个别危险的过程中，它也在整体上削弱了社会秩序的品质，同时，也在部分程度上侵蚀了民主和法治的保障机制，而这些机制正是为了限制国家权力，保护个人自由而发展出来的。而且，正是因为这样一种情势，使预防成为宪法层面的问题”。〔55〕预防刑法涉及的是国家权力参与危险治理的限度问题，如果在宪法中不发展出相应的制约机制，对预防性国家行为的限制基本上就是一个无解的困局。〔56〕如前文指出，国家究竟在多大范围内允许预防刑法存在，根本上取决于国家的政治偏好和宪法立场。在我国，眼下试图通过正式宪法机制来实现对预防刑法的有效限制，还不太现实，但这并不妨碍从理论上尝试提出种种限制措施。

（二）宪法框架下的法益侵害危险预防

1. 限制的前提：危险预防的宪法定位

法治国对刑法立法的要求是从宪法原则中推导出来的。实现对法益侵害危险预防的限制，首先需要明确刑法在整个社会治理、控制体系中的宪法性定位，这样才能更清晰地划定刑法干预的边界。

现代社会是一个由繁杂庞大机构组成的整体。组成现代社会的机构可以分成四种基本类型：第一种是生产型，以达成理性目标为主要任务。第二种是生殖医疗类型，以照顾和服务为主要任务。第三种类型是以政治和权力为主导的社会机构。第四种类型是协调原则、价值和思维方式的社会机构。在上述分类中，法律不完全属于权力和政治，还是一种人文活动。但是，这种分类已经改变，法律已被推向第一种机构类型，法律与文化机构的距离也正在拉远，并逐渐成为效用工具。这个转变会导致法律失去它重要的品质，尤其是它在

〔51〕 前引〔17〕，古承宗文，第131页。

〔52〕 参见前引〔4〕，格林文，第122页。

〔53〕 参见前引〔23〕，劳东燕书，第7页。

〔54〕 See Douglas Husak, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 55, 120.

〔55〕 前引〔4〕，格林文，第114页。

〔56〕 参见前引〔23〕，劳东燕书，第72页。

人类共同经验核心领域所扎下的根基。^[57]同时,从刑法立法及刑法适用的内容看,其经常面对各种价值、利益的碰撞、冲突,故其属于一种协调性过程,刑法的处罚范围最终是平衡国家权力与公民权利的结果。换句话说,不论是刑法立法还是刑法适用,在根本上都要为社会确立协调原则,调节和平衡公民权利和自由的限度。所以,即便是面对风险社会的来临,刑法还是应当被视为负责协调原则、价值和思维方式的社会制度,还有必要坚守司法法的基本属性。而预防刑法所表现出的明显的行政化色彩,将导致刑法与以追求安全和效率为目的的警察法之间的界限日渐模糊。所以,如果在现有的宪法框架下,仍然可以将法律设定为协调原则、价值和思维方式的社会制度,还继续坚持警察法与司法法相区分的整体性制度框架,那么,以追求效率和安全为目的的法益侵害危险预防,就仍然应当被定位为国家行政(比如警察)的职责,而预防刑法只能是国家在面对特定法益侵害危险时才能例外采取的立法技术。

2. 比例原则与刑法谦抑性的坚持

界定危险预防的刑法界限,还必须明确刑法是否有必要坚持谦抑性这一根本问题。韩国学者金日秀指出,面对种种强烈的社会需求,曾经被视为社会政策之最后手段的刑事政策和作为刑事政策之最后手段的刑法,在当前已经被要求作为解决社会问题和调整社会问题的最优先手段来考虑。^[58]在我国,理论上要求松弛刑法谦抑性要求的观点正变得越来越有力。张明楷以网络时代为背景指出,我国的传统观点一直强调刑法的谦抑性,可是,这样的刑法理念值得反思;我国刑法应当从“限定的处罚”转向“妥当的处罚”。^[59]周光权在阐述了积极刑法立法观之后,对于刑法是否要坚持谦抑性,表达了比较折中的意见:“肯定积极刑法立法观并不会否定刑法的谦抑性或最后手段性,但应将谦抑性原则的着眼点从主要牵制立法转向制约司法活动。……只要在实务上贯彻好谦抑性原则,用好不起诉、定罪免刑或缓刑制度,即便立法上对增设轻罪持积极态度,立法功能化扩张所带来的危险也能得到有效化解。”^[60]

笔者理解上述观点所依据的理论基础,但并不赞同将刑法谦抑性的重心转移至司法环节。首先,刑罚的属性决定了国家的刑法立法和刑法适用都应当坚持谦抑性,而且,立法是国家法治活动的起点,在立法上贯彻谦抑性,对于有效限制刑法干预范围具有更为基础的意义。同时,从我国的实际情况看,较之于立法,刑事司法背弃谦抑性立场的现象更为严重。比如,但凡立法未将某罪严格限制为结果犯,司法实践大都会将该罪的适用范围扩张至行为犯情形。^[61]又如,为了打击犯罪,司法解释有时甚至不惜违反刑法的规定。^[62]扩张是权力的内在本性,期待刑事司法权谦抑行使,这本身就是对司法机关的“苛求”。其次,刑法谦抑性是一种理念,也是一种行动。作为刑法立法活动,刑法谦抑性与犯罪化的

[57] 参见[挪威]尼尔·克里斯蒂:《犯罪控制工业化》,胡苑如译,北京大学出版社2014年版,第167页。

[58] 参见[韩]金日秀:《风险刑法、敌人刑法与爱的刑法》,郑军男译,《吉林大学社会科学学报》2015年第1期,第21页。

[59] 参见张明楷:《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》,《人民检察》2014年第9期,第9页,第12页。

[60] 前引[8],周光权文,第33页。

[61] 参见何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,《中外法学》2015年第2期,第530页。

[62] 参见黄星:《刑法抽象司法解释的时代定位与纠偏》,《法学评论》2017年第1期,第67页以下。

限度即犯罪圈的设定是一体两面的问题——主张松弛刑法谦抑性要求，往往会提倡扩大犯罪圈。提倡松弛刑法谦抑性要求的一个重要根据是，“扩大犯罪圈是法治的要求”。比如张明楷就认为：“将各种严重的、轻微的犯罪行为纳入刑法进行规制，由法院依法适用制裁程度不同的刑罚，正是依法治国的要求，也是社会成熟的表现。”〔63〕周光权也指出：“要实现国家对于难以容忍的违法行为的惩罚，最佳方式是通过立法者所确定的刑法规范将值得处罚的危害行为规定为犯罪，赋予被告人辩护机会，尊重和保障其各项权利，将处罚纳入法治轨道”。〔64〕

笔者并不反对上述关于我国刑法体系未来改革的整体构想，但是，犯罪圈的划定并非孤立的刑法问题，还必须适应一国整体的法治体系。不同于我国违法与犯罪相区分的二元体系，很多西方国家对犯罪圈的设置较我国要大得多，这在客观上也确实更符合法治原则，并且有利于公民权利保护。但是，西方国家“大犯罪圈”的立法体例有对应的制度支撑，它们的司法实践并没有将符合刑法规定的犯罪成立条件的行为全部予以刑罚处罚。它们在刑事立法上扩大处罚，在刑事司法上限制处罚范围的做法，使得行为规范与裁判规范存在适当分离，并且有利于预防犯罪。〔65〕但是，我国目前并未真正建立如部分西方国家那样“司法机关限制处罚范围”的完善司法制度。现实情况是，司法机关缺乏应有的人权保障观念，盛行积极入罪思维，过度强调刑法对社会的保护以及刑罚权的扩张。在这种司法生态下，如果立法上采取“大犯罪圈”的立法体例，势必导致刑罚在数量与规模上大量增加与大幅扩张。另外，犯罪圈的大小还要与刑罚的种类与量相匹配，放松刑法谦抑性要求，降低犯罪门槛、扩大犯罪圈，需要立法增设大量与此对应的轻刑措施。但是，我国近期刑法修正的重点都主要集中在不断犯罪化，刑罚轻缓化的力度还远远不足。所以，如果我们在不改变现行刑罚结构和种类的情况下，贸然松动刑法立法上的谦抑性立场，大规模降低犯罪门槛，将导致公民遭受不符合比例的严厉刑罚。

在法治国家，宪法控制着普通法律的干预范围以及对普通法律的解释。刑法秉持谦抑主义，是宪法上比例原则的根本要求。换句话说，如果刑法立法要贯彻宪法原则，就不能动摇谦抑性原则。虽然在理论上对于比例原则的具体内容存在不完全一致的理解，但一般认为其包括三个次要原则，即妥当性原则、必要性原则以及狭义的比例原则。其中，妥当性原则和必要性原则是以达成措施目的为着眼点。前者要求，以侵犯公民权利的法律而言，若是立法者规定的限制条款根本无法达到立法目的，即属于手段的不妥当。后者要求，在所有能达成立法目的的方式中，必须选择予人民之权利最小侵害的方法。狭义的比例原则强调，某措施虽然是达成目的所必需，但不可予人民以过度的负担，避免法律所追求的目的和使用的方法在造成公民权利损失方面不成比例。〔66〕可见，比例原则的三个层次都直接要求刑法适用必须谦抑、节制。我国宪法虽然没有明确规定比例原则，但宪法第5条、第13条第3款以及立法法第6条，均内含比例原则的精神。而在刑事法上，不管是罪责刑相适应原则，还是刑事程序上强制措施的规定和适用，都明确体现了比例原则的精神。因此，

〔63〕 前引〔59〕，张明楷文，第10页。

〔64〕 前引〔15〕，周光权文，第134页。

〔65〕 参见前引〔59〕，张明楷文，第11页。

〔66〕 参见陈新民：《德国公法学基础理论（增订新版）》上卷，法律出版社2010年版，第415页以下。

立足于宪法原则和精神,即便眼下面临信息社会、风险社会所带来的各种复杂问题,国家还是要强调刑法参与社会治理的谦抑立场和最后手段性,社会治理应当优先考虑使用非刑罚措施。面对法益侵害危险,即使国家有必要整体上采取预防性措施(比如国家面对恐怖主义所采取的预防性措施),但相对于民事或行政性预防措施,预防性的刑罚措施还是应尽可能最后使用。

(三) 刑法体系内的限制:法益侵害危险作为预防的限度

虽然刑法的基本原则是从宪法原则中推导出来的,但宪法毕竟只能为限制预防刑法提供原则性指导和制度性框架,而只有回到刑法本身,才能找到限制预防刑法的切实可行路径。具体而言,立法如果肯定预防刑法的合法性,就必须证立立法者放弃使用民事和行政性预防措施,转而采取预防性刑罚措施的合理性与正当性,而这必然牵涉刑法的根本任务这一原点问题。

对于刑法的根本任务,罗克辛总结道:刑罚有助于稳固规范,但我们不能为了稳固规范而稳固规范,稳固规范的作用实际在于防止个人或者社会在将来遭受现实的损害(即法益侵害),因此稳固规范最终服务于法益保护,如果没有这个目的,它将变得毫无意义。^[67]既然在风险社会中刑法的根本任务仍然是保护法益,那么预防刑法的正当性就仍然必须围绕法益来展开。具体来说,就是要确立法益侵害危险作为法益保护的限度。对于国家在何种场合可以获得以刑罚惩罚危险行为的权力,胡萨克作了探索性研究,提出了“重大危险要件”“预防要件”“可归责”的限制要件。^[68]笔者认为,既然刑罚是和平时国家对公民使用的最强烈的谴责机制,那么,立足于刑法谦抑性,立法上如要设置预防刑法条款,除了需具备犯罪化的一般条件,还有必要充分考虑以下限制条件。

第一,“危险”要件。即立法需要区分法益侵害的“危险行为”和“风险行为”,预防刑法条款只应针对导致法益侵害危险的行为。^[69]所谓“危险”,是指行为具有造成法益侵害的确定性,只是侵害结果尚未现实发生。比如,行为人意图实施恐怖主义犯罪而积极从事准备活动。在该场合行为具有危害公共安全的性质是确定的,只是行为人从事的是犯罪预备行为,行为的危害性主要是对公共安全造成了危险。与此不同,“风险”则指的是法益侵害可能发生,也可能不发生。换句话说,行为即便最终会发生一定的结果,但该结果并非一概都具有社会危害性。以骗取贷款罪、高利转贷罪为例,行为人即便实施了骗取、高利转贷行为,也不一定实际导致银行或者金融机构的财产损失或具有造成财产损失的危险,如行为人在提供足够担保的场合仍然在贷款条件或程序方面实施了欺骗,又如行为人实施了高利转贷行为但最终所贷资金安全运转。笔者并非一概排斥对“风险行为”的犯罪化,而只是认为在立法上对“风险行为”进行犯罪化时,应尽可能采用结果犯的构成要件设置,避免采取预防刑法模式,从而将刑法的调整范围集中于最终造成法益侵害的情形。

第二,“重大”危险要件。与前述“危险”要件相比,这是对危险的“量”的要求。“事实上,几乎所有的人类行为都会制造不同层次的危险,刑法如果要预防所有危险,那么

[67] 参见前引[16],罗克辛文,第54页。

[68] 参见前引[54],Douglas Husak书,第161页以下。

[69] 笔者这里使用“危险”和“风险”概念,旨在对两种不同情形进行区分描述。表达是否妥当,期待学界同仁指正。

几乎人类的一切活动都会面临刑事制裁的威胁。因此，除非惩罚某种行为是为了降低重大危险，否则犯罪化理论应排除预防危险”。^[70]与多数国外立法有别，我国采取的是违法与犯罪相区分的二元体系。在这一体系下，对预防刑法设置“重大”法益侵害危险要件的限制条件，更具有必要性。一方面，根据刑法的规定，我国的刑事犯罪被限定于严重侵害法益或者侵害重大法益的行为。另一方面，预防刑法作为传统刑法的扩张形态，其针对的是导致法益侵害的危险行为，相对于已经造成实害结果的行为，法益侵害危险行为的违法性程度要低。换句话说，预防刑法所针对的行为的违法性的量相对较小，在这种情况下，预防刑法的干预范围自然要更为收敛。而且，针对轻微“危险”在立法上配置刑法条款，也违背了我国刑法关于犯罪本质，即犯罪是具有严重社会危害性的行为的规定。然而，立法者在理解危险是否“重大”时，应与整个社会的进步、发展与时俱进。所谓“重大”危险，不仅包括所侵害法益的内容具有重大性，如恐怖主义犯罪对公共安全的重大威胁，又如生产、销售伪劣产品对公民生命健康的威胁，也要充分考虑当下信息网络时代法益侵害的新类型、新特点。比如在网络领域，有的行为给每个人造成的损失可能是较小的，但由于网络用户数量庞大，行为给全体被害人造成的整体损失却是重大的。^[71]在这种场合，立法上采取预防刑法条款的必要性会更高。

从法益侵害的类型看，笔者提倡将预防刑法条款主要限制在超个人法益（主要是针对公共安全）犯罪或者法益侵害具有弥散性特点的犯罪领域。从目前各国的立法看，预防刑法主要适用于恐怖主义犯罪、信息网络犯罪以及经济犯罪等领域。这一方面与公共安全法益的重要性有关；另一方面，当法益侵害具有弥散性特点时，由于侵害对象数量庞大且可能分散于不同时空，使得因果关系的认定变得十分困难，此时若固守传统刑法的结果本位追责模式，将面临犯罪事实难以证明等实践难题，从而严重影响对犯罪的打击力度。

第三，避免对“无辜”行为的处罚。预防刑法条款只应针对法益侵害危险行为，立法者在将特定危险行为纳入刑法规制范围时，要充分考虑是否会导致对无辜行为的不当处罚。所谓“无辜”行为，即不具有（严重）法益侵害危险的行为。预防刑法条款可能处罚无辜行为的情形，并非完全不存在。以帮助信息网络犯罪活动罪为例，在自然意义上，网络服务提供者实施的互联网接入、服务器托管等行为与犯罪结果之间的因果性并不充分，^[72]但立法却将网络服务提供者置于网络管理者的地位，积极施与其信息网络安全管理义务。在当下盛行积极入罪思维的司法环境下，如何保证本罪处罚范围的适当，特别是如何避免依据本罪对某些信息技术中立行为进行处罚，是必须认真对待的问题。又如生产、销售假药罪，刑法修正案（八）采取预防刑法模式，将本罪规定为抽象危险犯。根据刑法的规定，本罪中的“假药”是指依照药品管理法属于假药和按照假药论处的药品、非药品。换句话说，作为生产、销售假药罪犯罪对象的假药既包括“事实上的假药”，也包括“法律上的假药”。在行为人以后者为对象进行生产、销售的场合，行为人当然违反了国家的药品监管秩序，但该行为未必一概会危及人体健康，相反，生产、销售的“假药”有时甚至具有挽救生命、促进健康的效用。由于刑法对生产、销售“事实上的假药”和“法律上的假药”

[70] 前引 [54]，Douglas Husak 书，第 161 页。

[71] 参见前引 [59]，张明楷文，第 9 页。

[72] 参见前引 [15]，周光权文，第 130 页。

的行为不作具体区分，司法实践中自然难以保证依据本罪作出的处罚不伤及无辜，因而难免出现如陆勇案那样的刑法适用上的尴尬。^[73]

第四，预防的有效性。既然预防刑法的目的在于预防法益实害结果的发生，那么预防刑法条款的设置就必须能够降低危害结果发生的概率，^[74]而在预防无效的场合，预防刑法条款的设置就欠缺正当性。如前文指出，虽然理论上刑法的根本任务被定位为法益保护，但在现实社会中，立法增设罪名的原因从来都是多种多样，预防刑法条款的增设也是如此。相对于传统刑法，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。因此，对于设置预防刑法条款，必须强调法益侵害危险预防的有效性，警惕立法者将刑法推演为保护国民心理安全和国家寻求国民政治支持的工具。

Abstract: In recent years, the guiding ideology on legislation in China has emphasized the promotional and leading role of the criminal law in social life, thus providing a strong ideological support for the development of preventive criminal law. In the areas of counter-terrorism and cyber-crime, preventive criminal law has transformed from dispersive and sporadic provisions into typological legislation. The emergence of preventive criminal law (including that in China) is just one sign of the overall value transformation of law in modern society, which is the result of the improvement of state functions and powers and bases its legitimacy on democratic politics. It is closely linked to the lack of validity of the existing non-criminal laws and regulations, and shows the increasingly strong symbolic significance of modern criminal law. The security of order sought by criminal law has a dual meaning: criminal law needs not only to punish crimes and maintain the security of social order, but also to restrain the punishment power of the state and maintain the stability of the criminal law. Preventive criminal law actively pursues harm prevention and social control. Meanwhile, it is also faced with the risk of blurring of the boundary of the criminal law resulting from excessive expansion. Confronted with information society and risk society, the development of preventive criminal law in China is inevitable and effective prevention and reduction of the negative deconstruction of the rule of law in criminal law will become an important research subject. To control the excessive expansion of preventive criminal law, measures should be taken both in the field of constitutional law and in the field of criminal law. Currently, the relaxation or abandonment of the principle of “criminal law as the last resort” lacks legal basis and relevant institutional support, and therefore must be opposed.

Key Words: preventive criminal law, criminal legislation, risky society, constitutional restrain

[73] 参见孙万怀：《生产、销售假药行为刑事违法性之评估》，《法学家》2017年第2期，第138页。

[74] 参见前引[54]，Douglas Husak书，第162页。