

# 我国预防性刑事立法及其合理性探讨

陈 静

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年8月18日; 录用日期: 2023年8月28日; 发布日期: 2023年11月15日

## 摘 要

继我国刑法修正案的不断出台对新罪的设立、部分罪名的修改。不同学者对我国刑事立法的趋势存在不同看法, 区别于传统刑法观, 预防性刑法是回应社会的需求, 着眼于防范未来可能存在的潜在犯罪以及保护法益, 反观一般预防似乎已经不能够满足司法实践的需要。当然亦有观点认为预防性刑法对犯罪的提前介入对公民的自由有所损害, 预防性刑法的无限扩张将会违背法治国家建设的核心价值、模糊刑法与前置法的界限、对刑法原则构成挑战、具有刑法工具主义倾向。但是预防性刑法只是强调对犯罪的提前预防并非主张无限扩张, 亦未违背刑法基本原则。预防性刑法具有一定的合理性, 能够将其限定在一定范围内极大发挥其功能使其成为预防和惩罚犯罪、维护国家长治久安、促进社会和谐稳定强有力的后盾。

## 关键词

预防性刑法, 合理性, 界限

# Discussion on Preventive Criminal Legislation and Its Rationality in China

Jing Chen

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Aug. 18<sup>th</sup>, 2023; accepted: Aug. 28<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 15<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Following the continuous introduction of amendments to China's Criminal Law, new crimes have been established and some charges have been modified. Different scholars have different views on the trend of criminal legislation in China. Unlike traditional criminal law views, preventive criminal law responds to the needs of society, focusing on preventing potential crimes in the future and

protecting legal interests. On the contrary, general prevention seems to be unable to meet the needs of judicial practice. Of course, there are also views that the early intervention of preventive criminal law in crimes harms the freedom of citizens. The unlimited expansion of preventive criminal law will violate the core values of the construction of a rule of law country, blur the boundary between criminal law and pre law, pose a challenge to the principles of criminal law, and have a tendency towards criminal law instrumentalism. However, preventive criminal law only emphasizes the early prevention of crimes and does not advocate unlimited expansion, nor does it violate the basic principles of criminal law. Preventive criminal law has a certain rationality and can be limited to a certain range, greatly exerting its functions, making it a strong backing for preventing and punishing crimes, maintaining national long-term stability, and promoting social harmony and stability.

## Keywords

Preventive Criminal Law, Rationality, Limit

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 我国预防性刑事立法

随着科学技术和社会的发展, 社会生活呈现多样化、复杂化, 多元文化的碰撞激发出诸多前所未有的问题, 对国家、社会以及个人的人身权利和财产权利造成了严重的威胁。为了更好更全面地保护法益, 立法者在修改完善刑法的内容、频率上都表现出积极主动的态度, 试图极大发挥刑法的预防犯罪功能。这一刑事立法的趋势受到了理论界与实务界的广泛关注, 预防性刑事立法之科学性、合理性、必要性受到质疑。这一趋势所潜在的诸如对民众自由的限制、侵蚀刑法歉抑性的隐患使得我们不得不重新审视这一预防刑法趋势之合理性及其限度问题。因此, 本文从刑事立法的角度思考预防刑法的立法表现并深入探索其所蕴含的合理性及其价值所在并关注预防性刑事立法的边界所在。尽管本文思想还较为稚嫩, 但也期望立足于各大家之所长对该问题能够有所了解。

### 1.1. 刑法介入提前化

传统刑法大多在危害结果发生现实存在后予以介入惩罚犯罪、保障人权, 刑法介入的提前化是指为了预防严重犯罪危害后果的出现, 而提前在危害结果出现之前将有关行为规定为犯罪的趋势。主要表现为以下两个方面:

#### 1.1.1. 预备行为正犯化

犯罪形态是犯罪在时间上呈现的形态, 关于犯罪形态可以划分为犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止、犯罪既遂四种。对于犯罪预备的处罚问题, 世界各国的刑事立法对预备行为的处罚主要有三种模式: 一是对一概不予处理, 主要是出于预备行为尚未着手距离实行行为较远, 并且尚未产生危害结果等的考虑, 认为并没有对其进行处罚的必要性。二是预备行为原则上要处罚, 但是司法实践中一般不进行处罚。我国主要采取此种处罚模式。三是预备行为原则上不可罚, 但是面对特殊犯罪预备等情况下会例外地对其进行单独设罪。

我国《中华人民共和国刑法》第二十二条明确规定规定为了犯罪, 准备工具、制造条件的, 是犯罪

预备。因此，立法上我国规定了犯罪预备，秉持“一概处罚”的要求，因为其对法益的威胁小同时又规定可以从轻、减轻、免除处罚，但是通常情况下司法实践中并不会对其进行实质性地处罚。但近年来我国刑法修正案存在直接将一些犯罪预备行为规定为某个罪名从而定罪处罚的现象，具体的罪名有《刑法修正案(九)》增加的“准备实施恐怖活动罪”“非法利用信息网络罪”等，准备实施恐怖活动罪的行为包括：为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具的；组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训的；为实施恐怖活动于境外恐怖活动组织或者人员联络的；为实施恐怖活动进行策划或者其他准备的。这些行为就是为犯罪做准备尚未着手的犯罪预备行为，这并非我国传统四要件规定的构成要件，但刑法将其修正使得预备行为转变为完整的构成要件。立法上将刑事处罚前置到犯罪预备的规定可能是出于刑事政策预防犯罪、适度解决司法实践中对重大法益的及时保护等考虑。但是学界对于预备行为实行化正当性的论争是较为激烈的，不管是持赞成亦或反对意见的学者所提出的论据、质疑都具有一定的合理性。

### 1.1.2. 危险犯罪名数量增加

相较于预备行为实行犯的罪名数量，危险犯的罪名是相对较多的。之所以认为危险犯罪名的增加也是刑法介入提前化的表征之一是由于我国刑法增加的部分危险犯在此之前是要求造成一定危害结果才会使得刑法介入规范的，也即是刑法的介入从产生危害结果提前到了危害结果尚未造成的实施危害行为阶段。如《刑法修正案(八)》取消重大环境污染事故罪中“造成重大环境污染”的构成要件要素并设立为污染环境罪这一新罪，使其从结果犯转变为行为犯。《刑法修正案(九)》也增设了恐怖主义相关的新罪，如强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标识罪等，这些罪名的处罚并不要求造成一定的危害结果，只要实施该行为刑法就能对其进行定罪处罚。

以上列举均体现了刑法介入提前化的立法提点，可能是相关犯罪日益严重的考虑，期望以此使得相关犯罪行为早发现早治理，提前控制减少损失，不可否认的是对于稳定社会秩序以及维护国家安全都具有非凡的效果。

## 1.2. 刑罚处罚加重化

### 1.2.1. 行政犯的刑法规制化

行政犯的刑法规制化是指原本该行为只由行政法规规制并处以行政处罚，但是刑法将其纳入刑法犯罪使得实施该行为需要受到刑罚处罚并便随着刑法否定性评价所引发的附随后果。如2011年刑法修正案增设危险驾驶罪，在道路上醉酒驾驶机动车的处拘役，并处罚金。尽管该罪的处罚相对来说并未太过严厉，但由于我国实践中存在很多酒后驾驶机动车的情况，故而立法者将该行为从行政处罚上升到刑罚。该立法导致的是酒后驾驶机动车行为的犯罪化，涉及群体较为庞大，同时其所伴随的刑法附随后果如影响子女今后的考公考编等，引起人们的争议。对于酒驾是否一律入罪以及危险驾驶罪的基本问题受到学界热烈讨论。

### 1.2.2. 对部分犯罪加重处罚

我国刑法修正案也有加重处罚的立法修改，如《刑法修正案(十一)》涉及十五个条文提高了有关自由刑的法定刑，在第一百六十条欺诈发行股票、债券罪中增设了一档加重法定刑，也即以往犯此罪最高处五年有期徒刑，修改过后涉及数额特别巨大、后果特别严重或者有其他特别严重情节的，处五年以上有期徒刑；第一百六十一条违规披露、不披露重要信息罪基本型的最高刑由三年提高到五年有期徒刑并增设一档加重法定刑，该罪最高刑由三年提高至十年有期徒刑。诸如此类在《刑法修正案(十一)》中关于提高法定刑的修改较多，还例如第二百七十一条职务侵占罪中增加了一档加重法定刑，将该罪法定最高刑由十五年提高至无期徒刑。此外，不仅仅是部分罪名的最高法定刑有所提高，该修正案中还将第一百四

十二条生产、销售劣药罪中的倍比制罚金刑修改为无限遏制罚金刑；第一百六十条欺诈发行股票、债券罪与刑法第一百九十一条洗钱罪中的百分比制修改为无限遏制罚金刑。

由此可见我国刑罚处罚仍然处在一个加重的过程，对部分犯罪的加重处罚可能是出于社会生活的发展转变，以往的处罚相对于当下的社会来说已经变得较为轻缓。也可能是由于相关犯罪情况不断严重化导致刑法只能以加重处罚的方式来加强预防和惩处。但不管是基于何种原因，这些条款的变化都体现了我国刑罚的加重化。尽管这种说法不够科学合理以及全面，但至少说明我国刑法还处于一个严密法网不断编织更为科学合理的刑法规制网络的状态。

## 2. 预防刑法之理论争议

任何重大转变的背后都会面临激烈的争议，但并非有争议就可以对其进行否定，我们需要的是在不断地论证中证明其合理性、完善其科学性。预防型立法模式可以说是一把双刃剑，其确实能够更加全方位地保障公民的人身权利和财产权利以及国家安全，也能够一定程度上避免刑法的滞后性积极回应社会安全需要，但是在一定程度上刑法对市民生活的过度干预会以牺牲公民的自由为代价。对于刑事立法我国刑法理论上存在积极刑法观、消极刑法观与折衷刑法观的对立。但实际上折衷刑法观的具体主张与消极刑法观并无区别。因此，本文仅对积极刑法观以及消极刑法观进行具体讨论。

### 2.1. 消极刑法观

消极刑法观的基本观点是刑法应当保持其谦抑性，收好其最后一道防线的底线性，对于社会问题应当穷尽其它手段之后在考虑刑法的介入，立法机关不应当积极地通过刑事立法增设新罪，不应扩大犯罪圈。诸如刑法应避免过度犯罪化倾向、社会治理“过度刑法化”、谨防刑法过分工具主义化等等都是主张消极刑法观的学者们的观点。消极刑法观学者认为自1997年我国第一部刑法颁布以来，我国刑事立法一直处于最为活跃的时期，平均一年半一部刑法修正案的速度出台，到现在已有十一部刑法修正案。期间尽管对部分罪名有所删减，但是新增罪名的数量也不容小觑，几乎每一部刑法修正案都对犯罪圈有所扩大。存在扩大国家刑罚权力、缩小或限缩公民之自由之嫌。体现的是我国刑事立法仍然在工具主义的轨道上前行，国权刑法的观念仍然根植于立法机关的思想中，民权刑法的观念还较为遥远[1]。

当今网络时代下，消极刑法观学者认为现行以积极刑法观为指导搭建的网络犯罪预防体系激发了刑法的扩张性，使其过度介入网络失范行为的治理。积极刑法观下，犯罪化愈加普遍，非犯罪化愈发少见。不可以也不可能完全放弃消极刑法观，还应当将消极刑法观嵌入预防性网络犯罪中，这有利于廓清网络犯罪刑事法治之路[2]。总而言之，消极刑法观学者认为我国刑事立法今后的发展方向应当是停止进一步的犯罪化，或者说并不一概以积极刑法观指导刑事立法，还应当考虑积极刑法观之弊端、发扬消极刑法观之价值。

### 2.2. 积极刑法观

当前我国刑事立法主流以积极刑法观为主导，《我国刑法典颁布后的每一次刑法修正案都是对刑事法网的又一次严密。学者认为刑法修正案(十一)》积极回应社会关切问题，是积极预防性刑法观的立法实践。表现在新罪的设立、部分罪名法定刑的提升等方面。积极刑法观的主要观点认为刑事立法增设新罪并不会导致刑法过度干预的系统风险，犯罪化与刑法谦抑性之间没有本质的矛盾。增设新罪的法治方式治理社会是“刚性”需求；处罚早期化具有一定的必要性[3]。在一个各种复杂疑难案件不断出现同时刑事立法的技术又有限的社会，机械地将刑法条文的安定性奉为不可逾越的神旨，不利于法律之上主义观念的形成，也不利于妥当合理地指导具体案件的处理[4]。积极刑法观主张通过积极的刑事立法扩大刑法



处罚范围，使刑法满足不断变化的社会生活事实的需要[5]。

因此，对于增设新罪而言，积极刑法观并不认为是刑法对社会生活的过度回应，而是社会经济发展至今的必要需求。是对刑事法网的查缺补漏、不断完善。当然，积极刑法观也并非激进刑法观，对于新罪的增设同样主张要慎重对待，而并非主张随意增设新罪和过度扩张犯罪圈[5]。

### 3. 预防性刑事立法的合理性

预防犯罪、积极刑法观的影响下再加上我国频繁地通过修正案的方式修改刑法回应社会的需要。导致出现刑法过度干预人们的生活，诸如过度犯罪化、刑法工具化、处罚界限模糊化等观点。到底是刚需还是过度敏感并非三言两语能够论证清楚的，但是在面对千变万化的当今社会，刑事立法积极回应社会，提前防范风险的意识是否是具有一定的合理性和前瞻性的。刑法固然要保持谦抑性但并不代表任由社会万般变化其仍然故步自封。当穷尽其它手段仍然控制不住某类行为时，当我们必须具体刑法这一终极武器时，我们也应当毫不犹豫地，及时主动地予以回应。预防性刑法是通过立法加强对潜在犯罪人的防范，更早、更全面地保护法益。具体的比如将刑事违法处罚的重心前移，对犯罪预备独立定罪、判断具有危险行为具备即处罚等等，一定程度上对刑事制裁的犯罪圈范围有所扩大。尽管预防性刑法并不被学界完全接受，但是不得不说明的是在当今风险社会下，强调只有在危害结果出现的情况下刑法才能予以干预的传统刑法观念可能具备一定的滞后性。许多类型如环境犯罪、食品犯罪、毒品犯罪、金融犯罪等等一旦导致危害结果那么便会对不特定多数人造成严重且无法挽回的损失。那么在明知该危险行为继续发展一定会造成危害结果的情况下，为什么不能够提前介入，防止危害结果的发生，减少损失。因此预防性刑法有其存在的合理性，我们必须认识到这一点。同时，刑法的无限扩张同样会出现一些后遗症。因此，尽管我们认为预防性刑法具有合理性但是我们也认为应当对其有所限制，清晰界限有利于更好地发挥刑法预防和惩治犯罪的功能。

#### 3.1. 回应社会发展之刚需

预防性刑法的设立并不违背教义学基本原理，刑法所遵循的目标也不仅仅是打击犯罪、压制犯罪，而且也是预防，同时组织未来的犯罪行为也是其所应达到的功能之一[6]。此外，随着犯罪行为地不断发展，行为人出于利益考虑或是出于逃避法律责任往往会更加谨慎地事实犯罪行为。比如将行为分别实施等等，以往所认识到的预备行为、尚未造成危害结果的危害行为可能并未对法益造成实质损害并且并无处罚的必要，但是这些行为在当下已经能够独立造成法益侵害或者说任其发展必然会导致危害结果的产生。而且危害结果很多往往是穷尽一切手段都不可能恢复如初的，因此对其提早干涉就有其必要性了。

一方面是中国高速发展，社会生活发生了翻天覆地的变化。我国社会主要矛盾已经发生变化，习近平在十九大报告强调中国特色社会主义进入新时代，我国基本矛盾已经转化为人民日益增长的对美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。犯罪活动也不仅仅局限于简单暴力等行为，技术的发展使得犯罪日益复杂化，行为人为避免刑事处罚又使得犯罪日益隐蔽化。我国刑法是为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况而制定的。因此，刑事立法必然要结合实际、与时俱进。刑法条文自出台之日起便是滞后的，其滞后性是无法根除的，但却是可以避免的。刑法固然要具备一定的谦抑性但是并不是说一成不变，这对于刑法条文本身要求极高，也不利于我们利用刑法更好地同犯罪作斗争。

另一方面是我国制定第一部刑法时立法技术有限，对此我们也一直在寻求更高超的立法技术。在立法技术、立法质量不断完善提高的过程中必然会对我国刑法进行不断地填补、修改。随着我们与对犯罪的认识不断加深，对犯罪行为、犯罪人有了更深刻的认识，对其背后的原理不断剖析。刑法不完全是惩

罚犯罪，更要保障人权。立法技术存在于一定的历史背景之下，受到立法人员对犯罪的认识影响，受到当时社会经济情况的影响，对法律条文的前瞻性考虑具有一定的限制。

因此，我们不能仅仅关注到刑法修正案数量的增加，新增罪名的数量。这并不能够说明我们对社会过度回应，对犯罪过度敏感。事物存在的合理性并不在于其存在，而在于其实际存在以及未来能够产生的价值。

## 3.2. 预防性刑法之边界

### 3.2.1. 提高立法技术

刑法是一个非常复杂的法律社会现象，不仅仅是一个个法条构成还是一种规范的构造，更是一种价值的载体、文化的表现和社会的存在。刑事立法不能脱离现实的社会生活条件，而社会的发展具有无限性与难以准确预见性。法律规则的设置不仅需要基于过去已经发生存在的事实，还要预测未来可能发生的事情进行预判设计[7]。刑事立法技术的提高能够一定程度上提高刑事法律条文的科学性、合理性和前瞻性，也能够避免朝令夕改地频繁修改。刑法罪名条款的设置最理想的并不是对每一个犯罪行为都罗列对应的罪名进行规制，而是能够通过刑法教义学、解释方法等对某一罪名进行解释且能够涵盖某一新兴犯罪行为。换句话说就是刑法罪名的设置应该够窄避免口袋罪以及明确能够准确区分罪与非罪，反过来又应当具有一定的外延使得其能够适应社会的不断发展变化，具有一定的灵活性更加适应司法实践的纷繁复杂。

因此，刑事立法要求罪名具有前瞻性，新罪不断增加具有一定意义，但是过多的新罪对于刑法条文本身以及司法实践来说可能是一种负担。新罪的增加应当是现有刑法罪名都不能涵盖而对该行为又不得不进行处罚的情况下考虑的，避免相似罪名之间此罪彼罪的难以区分。其次，犯罪构成要件的设置要具有开放性，罪名的外延有多大往往是有犯罪构成要件决定的，某些行为是否能够解释为该罪名最主要的是看是否符合该罪的构成要件。犯罪构成的要件太过具体就会导致其涵盖面太小，法官只能进行机械性地解释，其面对复杂的犯罪行为就会显得科学性、合理性不足。犯罪构成的要件具有一定抽象性其涵盖面就相对较大，在面对多样的社会现象时能够根据具体案件情况作出适宜的解释，其适应性就较为合理。

### 3.2.2. 坚守刑法底线性原则

首先，刑法要坚持底线原则，应当是穷极其它手段后仍不能控制危害行为后的最后手段。我国已经形成了以宪法为核心，以法律为主干，包括行政法规、地方性法规等规范性文件在内的，由七个法律部门、三个层次法律规范构成的法律体系。国家经济、政治、文化、社会生活的各个方面基本做到有法可依，为依法治国、建设社会主义法治国家、实现国家长治久安提供了有力的法制保障。社会各个层面都有相应法律法规地覆盖，在这样的法律体系当中。刑法相对来说应当是出现和使用频率最低的一部法律，避免过度依赖刑罚。况且，刑法所做出的否定性评价以及刑罚的适用具有一定地附随后果，将会对一些当事人及其后代产生一定的影响。因此，应当先宿主其它部门法的救济后方才考虑刑法的规制。

其次，刑法的过度使用也是社会治理能力弱化的表现。除了依据法律管理社会外，政府部门以及一些社会组织应当积极加强自身社会管理的能力。如醉酒型危险驾驶罪、拒不支付劳动报酬罪等均是在社会治理的创新发展阶段中，治理能力弱的表现。刑法不是社会管理法，刑法的谦抑性要求应当避免刑法取代政府职能部门的角色来承担社会管理的责任。

最后，刑事立法要避免情绪性立法，风险社会下社会公众的焦躁、不安会使得民众情绪忽高忽低。加上民众对法律尤其是刑法天然存在的崇拜感，时常迫切要求刑法对社会生活加大保护力度以寻求安全感。然而，民意的表达是伴随着情绪化以及非理性的内容的，刑法确实严谨、理性的，科学的刑事立法

不应当陷于非理性情绪的干扰当中。对于案件造成的恶劣社会影响，最好的消除办法是及时回应，依法办事。刑事立法虽然是最简单最直接最立竿见影的方式，但是其所造成的不良影响深深地腐蚀着我国的法律，同样也会不断腐化民众正确地看待和利用法律。

### 3.2.3. 践行罪责刑相适应原则

刑罚的目的不仅仅是惩罚犯罪，重刑主义是不可能的。正所谓民不畏死，奈何以死惧之，当犯罪能够带来巨大利益的情况下就算将其规定为死刑尚不能起到杜绝犯罪的作用。刑罚的设置要恰到好处，不过分严厉反而过犹不及亦不过分宽松导致效果不佳。预防性刑法最突出的特点就是介入提前化，不管是预备行为实行化还是危险犯的增加，所追求的都是减少损害、打早打小。

罪责刑相适应原则要求并非所有的预备行为都可以单独设立成罪。如果该行为根本没有处罚的必要，那么对其进行处罚就会导致不当处罚，使得行为人行为危害性与刑罚处罚不匹配，对当事人的人身权利和财产权利造成损害。如果该预备行为必须加以处罚那么需要首先考虑在该行为涉及的罪名中比照既未遂的法定刑标准从轻或者减轻处罚，在此情况下亦无设立新罪的必要，且对该行为的处罚更为适宜。对于尚未造成危害结果的危害行为亦是如此，预防性刑法的含义并未是越早介入越好，介入总比没介入好。不能为罚而罚，刑事法网的严密不是依靠方方面面罗列罪名实现的，而是要求对危害行为不遗漏评价。

## 4. 总结

预防性刑法有其存在的价值和合理性是不可磨灭的事实，无论是从社会发展的需要还是对犯罪的认识更加深入，犯罪所造成的社会危害性是相对于其它而言更为严重并且恢复性更难的。在危害结果出现后再进行任何处罚都不能够使得社会关系恢复如初，例如当事人的死亡结果、财产的灭失等。因此如果能够在危害结果尚未产生之时及时阻断犯罪行为作用于某客体，甚至是阻止危害行为的发生，所付出的成本又低于造成损害结果后所产生的损失。那么不是更能够保障法益吗？因此，故步自封地认为刑法只有在危害结果产生后方可介入的思想是落后且不具有最佳效益的。此外，预防性刑法也并未意味着刑法的无限扩张，其亦应当坚守罪刑法定、罪责刑相适应等基本原则，亦应当正确认识到自身在整个国家法律体系中的地位及功能，谨防规范的设置既无必要亦无价值。

## 参考文献

- [1] 刘艳红. 我国应该停止犯罪化的刑事立法[J]. 法学, 2011(11): 108-115.
- [2] 夏伟. 网络时代刑法理念转型:从积极预防走向消极预防[J]. 比较法研究, 2022(2): 59-71.
- [3] 周光权. 积极刑法立法观在中国的确立[J]. 法学研究, 2016, 38(4): 23-40.
- [4] 付立庆. 论积极主义刑法观[J]. 政法论坛, 2019, 37(1): 99-111.
- [5] 张明楷. 增设新罪观念——对积极刑法观的支持[J]. 现代法学, 2020, 42(5): 150-166.
- [6] 魏超. 预防刑法:辩证、依据与限度[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2022, 43(1): 111-123.
- [7] 田鹏辉. 论风险社会视野下的刑法立法技术——以设罪技术为视角[J]. 吉林大学社会科学学报, 2009, 49(3): 57-64.