

前瞻性犯罪模式的規範性限制與替代性方案

姜敏* 李國欽**

摘要 當代社會的犯罪控制場域發生的預防性轉向，預示著刑法前瞻性犯罪模式的出場。“無實害結果”的前瞻性犯罪相較於過往的“危害+罪責”犯罪模式，擴大了刑法對未完成行為的處罰範圍。並在實踐中產生了前提刑法介入時點、降低處罰門檻等效應。以預防邏輯為基礎的前瞻性犯罪，卻存在忽視分配性正義、消解傳統刑法學具有的針對性部署等弊端。應當從保護客體以及擬禁止行為兩個維度對前瞻性罪犯進行規範性限制，即在保護客體的設定上，要排除不適格的保護內容；在擬禁止行為的設定上，要確保擬禁止行為與危害結果之間的事實因果關係，且通過客觀要素與主觀要素建立擬禁止行為與危害結果之間的聯繫。此外，將行政處罰法作為前瞻性犯罪的替代性方案具有合理性，同時應取消其中剝奪人身自由的處罰類型以優化制裁體系，從而輔助消解前瞻性犯罪的法治危機。

關鍵詞 犯罪控制 前瞻性犯罪模式 預防邏輯 規範性限制

前言

隨著晚期現代性社會的來臨，傳統刑法學所依賴的社會與政治條件也隨之改變。在古典語境下，犯罪危害通常是在時間、空間上涇渭分明的事件，“總是在一定的地點、一定的時刻涉及一定的人群”^[1]。而在晚期現代性的背景下，犯罪危害呈現出鮮明的延展性以及影響途徑的不確定性，控制犯罪風險以及驅散不安全感的渴望，日益成為公眾文化中的緊迫事項。^[2]在當前的犯罪控制場域中，預防、減少犯罪危害以及犯罪風險管理已然取代了報應、威懾（消極的一般預防）以及復歸（特殊

* 姜敏，西南政法大學外國與比較刑法研究中心教授、博士生導師。

** 李國欽，西南政法大學法學院博士研究生。

本文受西南政法大學學生科研創新項目“前瞻性預防責任的歸責模式研究”（2023XZXS-025）資助。

[1] [德]烏爾裡希·貝克：《自由與資本主義》，路國林譯，浙江人民出版社2004年版，第124頁。

[2] 晚期現代性社會的變遷及其對大眾文化的影響請進一步參見David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.115, 101-127.

預防)的核心地位。犯罪控制場域中發生的劇烈變化，實際上也預示著作為因應晚期現代性困境的前瞻性犯罪模式的出場。

所謂前瞻性犯罪模式，系相對於以個體權利內核的“危害+罪責”犯罪模式而言，其改變了以既有的危害結果為考察原點的回顧性視角，而是面向未來，側重於遏制潛在的犯罪人或阻斷可能會引起犯罪危害的犯罪因素的融合，從而實現風險化解的犯罪控制目標。面對這一變化，域外刑法學界通過定性分析方法或定量分析方法，對當代刑法的發展做出了診斷，前者如安全刑法、風險刑法、現代刑法等理論命題，後者如過罪化。在我國的立法實踐中，前瞻性犯罪的設置同樣已經成為一種趨勢，集中體現在危害國家安全犯罪、危害公共安全犯罪、市場經濟秩序犯罪、社會管理秩序犯罪等領域中。本文正是立足於此，以域外各國的立法實踐與限制方案為鏡鑒，在我國現有的研究成果基礎之上，對前瞻性犯罪模式實質與影響展開分析，並探索前瞻性犯罪模式的限制路徑及替代性方案。

一、當代社會犯罪控制場域的預防性轉向

刑法預防性立法在當前立法實踐中獲得認可，實際上與更為宏大的犯罪控制場域之間的適配程度密切相關。換言之，當前的犯罪控制場域的結構變化，已為刑法預防性立法奠定了基礎。犯罪控制場域在19世紀末和20世紀70年代經歷了兩次重大的結構性變化。尤其是在20世紀70年代，由“懲罰-福利模式”轉向“正義模式”。^[3]“懲罰-福利模式”發軔於1890年，曾獲得較大的認可。但到1970年中期以後，“懲罰-福利模式”倡導的不定期刑以及個別化治療方案遭到了各界的猛烈攻擊，犯罪控制場域發生了預防性轉向。近年來，預防性犯罪控制理論同樣得到了我國犯罪學領域的研究者的支持，並在社會治理中廣泛應用。^[4]

(一) 犯罪控制目標的重構：風險管理

“懲罰-福利模式”以復歸理念為內核，強調刑罰措施的復歸式介入，反對負面、報應的懲罰。在此理念下，鋪設了不定期刑、假釋、個別化處遇等，且針對病因的犯罪學研究，也強調復歸的監禁制度等原則和實務。^[5]20世紀70年代初，“懲罰-福利模式”倡導的復歸理念存在的懲罰權力的差別化運用、國家刑罰裁量權過大等問題，也成為了該模式瓦解的重要原因。

取代復歸理念的刑罰制度目標，不是反對派主張的以刑罰的應得性限制國家的懲罰權力，而是風險管理以及隔離無害化。換言之，刑法承擔了管控風險的責任，且通過消除風險以避免實害結果的出現。從緣由上看，刑罰復歸理念的退場以及新的犯罪控制場域的形成，要歸因於西方工業社會在晚期現代性面臨的挑戰以及人們對於上述挑戰的回應策略。正如大衛·加蘭德(David Garland)所言，犯罪控制場域的轉變，主要是通過對既有制度的重新定義完成的。^[6]復歸治療、假釋等“懲

[3] 時延安：《懲罰目的選擇對刑事法制模式的影響》，《檢察日報》2021年4月22日，第3版。

[4] 在我國犯罪學界，以犯罪地理學為指引的犯罪空間防控研究取得了重大進展，國務院辦公廳在2015年4月印發的《關於加強社會治安防控體系建設的意見》中進一步明確了事前消除犯罪風險的犯罪控制目標。參見岳平：《犯罪防控戰略與策略之辨明——論犯罪空間防控的興起及發展》，載《上海大學學報（社會科學版）》2015年6期，第3頁。

[5] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp.34-35.

[6] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.174.

罰-福利模式”時期的制度產物雖然得到保留，但其目的卻徹底轉向了風險管理與犯罪預防。在新的犯罪控制場域下，針對犯人的復歸治療，成為一種風險管理的手段，而不是出於增進社會福利的目的。緩刑監督制度在程序設計上日趨嚴格，監督功能得到了凸顯，其也成為一種管控風險的可靠手段。監獄則是在“監獄有效”的推定下，作為一種隔離無害化的手段。

（二）犯罪控制重心的變化：事前消除犯罪風險

新的犯罪控制場域所催生和依賴的犯罪學知識也發生了深刻變化。在“懲罰-福利模式”時期，影響刑法政策的主要是變態心理學及社會犯罪學。這些犯罪學在刑事司法層面直接對應犯罪人的個別化處遇。在犯罪原因上最終指向產生犯罪行為的社會根源，尋求一般化的社會改革與福利供給政策。因而也可稱之為福利主義犯罪學。例如，在菲利提出的犯罪原因三元論中，犯罪是人類學因素或個人因素、自然因素、社會因素相互作用的產物，並格外強調社會因素在犯罪中起到的主要作用。^[7]福利主義犯罪學的核心主題便是社會剝奪，及後來的相對剝奪。犯罪人之所以走向偏差，原因是他們被剝奪了適當教育、家庭社會化、工作機會或缺乏適當治療。^[8]晚近興起的控制理論則認為任何人都是潛在的犯罪人，人們犯罪與否取決於抑制或控制人們不犯罪的力量的強弱程度。社會控制、情境控制、自我控制等成為了當代犯罪學的研究主題。我國在犯罪控制策略上也由早期的“打防結合、以打為主”轉向“打防結合、預防為主”，並圍繞情境控制展開了實踐探索。^[9]而這種犯罪學上的主張嚴密控制的理論假設，反過來又會作用於刑法，並使刑法強化消除犯罪風險等預防性立法。

解讀犯罪的視角由福利主義視野下的回溯性視角，轉向預防性視角，並引起刑法策略的變化。在傳統預防犯罪機制的視野下，依據適用對象的不同分為下列三個層次：第一層次也是初級犯罪預防，主要是針對一般民眾，著重在識別出提供犯罪機會及促進犯罪發生的物理與社會環境因素，並予以規劃、設計和改善，以減少犯罪的發生；第二層次是次級犯罪預防，主要是對潛在犯罪人予以早期辨識，並在其從事非法活動前加以幹預；第三層次是指對真正的犯罪予以幹預，進行矯治與輔導以避免其再犯，刑事司法體系的逮捕、起訴、監禁、矯治處遇，皆屬於此一層次的範圍。^[10]所以在傳統預防犯罪機制中，刑法預防機制屬於第三級。但是，刑法預防性立法卻讓刑法預防逐漸承擔了二級或以及預防機制的責任。因此，如今的控制理論則是讓刑法控制犯罪至少前提到了二級預防（針對被認為存有犯罪風險的群體或類別），並表現為計算風險並規劃預防措施。因此，刑法領域“提出強硬的犯罪鎮壓模式以及提出環境設計的犯罪預防模式策略。”^[11]

由於犯罪學的基本設定以及研究視角的轉變，犯罪控制的重點也隨之轉移。如前所述，福利主義犯罪學將犯罪人視為病態罪犯，重點關注造成偏差者實施不法行為的個人病態及社會化不足等社會原因。既然犯罪是由於長期的、遠距離的因果關係所形成的，那麼對行為人進行前瞻性、及時性地

[7] 吳宗憲：《西方犯罪學》（第2版），法律出版社2006年版，第123-124頁。

[8] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.15.

[9] 參見周東平：《西方環境犯罪學：理論、實踐及借鑒意義》，載《廈門大學學報（哲學社會科學版）》2014年第3期，第26頁。

[10] Heidi Mork Lomell, *Punishing the uncommitted crime*, in Barbara Hudson, and Synnove Ugelvik (eds), *Justice and Security in the 21st Century: Risks, Rights and the Rule of Law*, Oxford: Taylor & Francis Group, 2012, p89.

[11] 黎宏：《情境犯罪學與預防刑法觀》，載《法學評論》2018年第6期，第19頁。

具體幹預便失去了意義。^[12]但控制理論已經放棄了對終極犯罪原因的探索，轉而尋求抑制誘發犯罪的中段因素的可操作性方案。重心已經由貧困的、病態的等罪因偏向犯罪機會論。犯罪機會論所關注的，恰恰是過往犯罪學所忽視的絕大多數的輕微犯行、日常瑣碎的犯行和風險行為等。與追究、起訴及懲罰犯罪人相比，如何通過消除犯罪風險，從而減少犯罪機會、加強情境控制來減少犯罪事件的發生，已是當代刑法打擊犯罪的重點目標。

二、犯罪化風險行為的前瞻性犯罪的實質與影響

犯罪控制場域的結構性變化表明，刑法預防性立法成為了當代預防犯罪的新範式。運用各種安全機制馴服偶然的、難以預測的現象作為一種治理邏輯，很早便已為福柯所揭示。^[13]在18、19世紀，運用各類安全技術減少損害、管控風險的預防性努力，已經融入到作為犯罪控制基礎的警察制度，甚至是國家基礎設施之中。^[14]隨著“懲罰-福利模式”的崩解以及監控攝像頭、衛星追蹤、數據識別、生物識別技術等安全技術在20世紀的全面發展，使犯罪控制場域的預防性面向得到了進一步強化，也為刑法追究無實害結果行為的責任提供了條件。當然，刑法的預防性轉向也是通過對既有的刑法結構要素的再敘述實現的。

（一）“危害+罪責”模式的回顧性模式

現代刑法奠基於以世俗化、理性化、人道化、自由化為標誌的啟蒙運動。^[15]啟蒙思想家旨在通過以“天賦人權”（自然權利）為內核的現代性政治-法律方案（有限政府、權力分立等），限制包括刑罰權在內的國家權力。宗教犯罪/風俗犯罪因並無適格的保護權利，被費爾巴哈排除出由其負責起草的1813年刑法典之外。密爾則是以危害原則劃定公權力的幹預界限，將犯罪定義為是“損害或在法律明文中或在默喻中應當認作權利的某些相當確定的利益”的行為。^[16]借由危害定義的實質性犯罪概念，能夠達至刑法世俗化以及刑法客觀化的目標。另一方面，在自然權利的先驗假設下，古典刑法認為刑法應當尊重行為人的自主權，如果行為人沒有被給予“公平的機會”（fair opportunity）來行使做法律要求的事而不實施法律禁止的事的能力，那麼對於他的定罪或懲罰便都是錯誤的。^[17]行為人只有在他本可以不這樣做的情況下，也即具有他行為可能性（alternative possibilities）時，才可以適當地對其行為負責。^[18]包括行為人應對危害結果存有認識或預見等在內的罪責要求便成為了現代刑法，甚至是現代憲法的共識。^[19]回顧的或報應性的“危害+罪責”模式，

[12] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p186.

[13] 米歇爾·福柯：《必須保衛社會》，錢瀚譯，上海人民出版社2010年版，第187-188頁。

[14] 在邊沁所提出的國家建設專案中，包括城市規劃、提供汙水處理系統、安全供水、防治疾病和促進社會健康等內容對城市的基礎設施建設產生了巨大影響。因而19世紀也被稱為充斥著最為壯觀的城市安全項目的世紀。Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.36.

[15] 包括反對血腥的公開懲罰、反對司法酷刑、反對過度使用死刑等具體訴求。J.Q. Whitman, “The Transition to Modernity”, in M.D. Dubber and T. Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.84.

[16] [英]密爾：《論自由》，許寶騷譯，商務印書館1998年版，第89頁。

[17] [英]H.L.A.哈特著：《懲罰與責任》，王勇、張誌銘等譯，華夏出版社1989年版，第145頁。

[18] Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.24.

[19] 關於無認識的過失（疏忽）是否與罪責原則存在衝突，在今天仍然存在廣泛的爭議。參見Tatjana Hörnle：《罪責原則

便是對這些理念的回應。我國有學者將這種以危害結果為中心的犯罪模式，形容成“倒著看一部紀錄片”的回顧性視角。^[20]在刑事責任理念上，“危害+罪責”模式立足於道義責任論，視懲罰為犯罪的回應。刑罰的理由是通過懲罰不法行為來恢復公正的秩序，預防本身不能作為刑罰的正當根據。^[21]在判斷行為違法性時，先確定有無危害結果，隨後回溯性地考察引起這一危害結果的行為人和行為。

（二）趨勢化的前瞻性犯罪使刑法懲罰的未完成行為的範疇擴大

刑法預防性立法改變了犯罪控制機制，且使刑法能夠在危害結果發生之前進行懲罰。有學者認為對“無實害結果犯罪”的處罰，既是出於預防的理由，也是出於報應的理由。^[22]這主要是針對傳統刑法懲罰預備或未遂行為而言的，也即，傳統刑法懲罰“無實害結果行為”，依附於既遂行為，所以其具有報應方面的理由，且體現在其與實質性犯罪（結果犯罪）之間的聯系上。但近年來各國的刑法發展表明，刑法預防性立法與實質犯罪之間的聯系已經斷裂，這導致報應性的理由已經逐步從“無實害結果犯罪”的處罰標準中抽離。

19世紀初，費爾巴哈在權利侵害說的基本立場上，提出了根據行為的外在特征判斷是否具有可罰性的客觀危險說，即“行為與預謀的犯罪之間存在因果關係，在客觀上具有危險性，那麼，為完成犯罪所實施的外在行為本身就成立犯罪，並應受到處罰”^[23]。套用結果無價值論者的話來說，就是未完成犯罪實際具有實害結果風險，且是一種對危害結果的緊迫風險，而非行為風險本身。^[24]在這一時期，普通法國家盛行的以行為為中心的判斷方法同樣體現了這一點。^[25]比如，一些國家刑法對未遂犯的處罰，就要求具備與實質性犯罪相當接近的明確證據。比如中國刑法中未遂的起點，便是“著手”實行刑法規定的某個罪的實行行為。甚至在美國刑法的學說中，其對未遂罪的懲罰，要求了最為嚴格的標準，即最後行為（last act）標準。簡言之，最後行為說要求行為人只有在完成了最後行為仍然沒有實現犯罪意圖的，才能按照未遂犯處罰。當然，這些標準均依附了實質犯罪，這對於預防危害之目的來說，顯然過於遲緩。

20世紀以來的刑法學說、立法方案均展現出向最為寬松的“任何公開行為”（any overt act）一極移動的趨勢。簡言之，刑法針對未造成實害結果行為的立法，逐步趨向遠離實害結果的行為。儘管有些國家對未遂類似行為的懲罰，堅持了一些標準，但從懲罰的行為看，也是距離實害甚至犯罪對象比較遠的行為。比如美國《模範刑法典》對未遂的懲罰，採取了“實質性步驟”（substantial step）標準說，通過列舉的方式規定了7種行為，包括等待、尋找或者跟蹤預期的被害人，引誘或者試圖引誘預期的被害人前往預期的實施犯罪的場所等。這些行為其實距離實行行為很遠。另一方面，還表現為由主觀消解客觀行為的現象，比如德國刑法對未遂行為^[26]的懲罰，也由客觀未遂論

的憲法論證》，鐘宏彬譯，載《軍法專刊》2013年第1期（59卷），第154-155頁。

[20] 黎宏：《結果本位刑法觀的展開》法律出版社2015年版，第5頁。

[21] Ali Emrah Bozbayindir, *The Advent of Preventive Criminal Law: an Erosion of the Traditional Criminal Law?*, *Criminal Law Forum*, 2017(02), p.27.

[22] Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.455-456.

[23] [德]費爾巴哈著：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國方正出版社2010年版，第45-46頁。

[24] 參見張明楷：《刑法學》（第6版），法律出版社2021年版，第438頁。

[25] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.97.

[26] 德國的未遂和我國的未遂有很大差異，不能以我國未遂的概念理解此種未遂概念。

轉向主觀未遂論。當前占據支配性地位的印象說認為，未遂犯的處罰根據在於行為人的對法的敵對意思，也即“在客觀上動搖了對法秩序的效力的信任和動搖了法安全性的感覺”^[27]。主觀未遂觀和印象說，甚至可能導致超出預備行為而動用刑法，直接也反應了預防的強化和打擊的超前。這種變化必須給予理性認識，也就說，與其勉強地認為“實質性步驟標準”、“超出預備標準”及印象說仍然在以行為為中心的波動區間內（靠近“任何公開行為”一端），不如坦然地承認刑法的預防性立法趨勢，逐漸導致關注犯罪意圖，並由此逐漸使懲罰範疇遠離了實行性和實害結果。我國傳統的刑法學理論則通過對不能犯可罰性的支持，表明了其主觀未遂論的立場。^[28]近年來，主觀未遂論存有的處罰行為人內心意思的刑法主觀主義風險受到了學界的進一步反思，客觀未遂論的立場逐漸成為學界共識。但在控制犯罪風險目的的牽引下，實際上也對客觀未遂論進行了大幅度調整，如採取“修正的客觀未遂論”觀點的學者認為，刑法學對未遂的判斷實際上已經是“對行為時的事態如何進一步演化、發展的‘事前’預言。”^[29]

刑法預防性立法犯罪化風險行為逐漸成了刑法立法的趨勢，其設置的前瞻性犯罪進一步擴大了無實害結果行為的範疇。前述論及，傳統刑法也懲罰預備、未遂甚至中止等沒有實害結果的行為，但其是依附嚴重侵害行為或嚴重結果犯罪，且與這些犯罪的既遂具有一定聯系。但預防性立法犯罪化風險行為的犯罪，脫離了與實害結果行為的聯系，旨意沒有了回顧和報應之意了，純粹是朝前的預防犯罪之罪。因此，其是典型的前瞻性犯罪。如果說刑法對以未完成形態定義的“無實害結果犯罪”的處罰，仍然可以通過其與實質性犯罪之間的聯系來獲得一定程度上的報應性理由，那麼近年來各國出現的以完成形態定義的“無實害結果犯罪”則是完全出於預防性的理由的“前瞻性”犯罪。從形式上看，前瞻性犯罪包括預備犯罪、預防性持有犯罪、成員身份犯罪以及抽象危險犯罪等類型。預備犯罪如我國在《刑法修正案（九）》第120條之二針對恐怖主義犯罪設置的準備實施恐怖主義犯罪等；預防性持有犯罪如刑法第120條之六規定的非法持有宣揚恐怖主義、極端主義物品罪等；成員身份犯罪如刑法第120條規定的組織、領導、參加恐怖組織罪；抽象危險犯罪如《刑法修正案（十一）》新增的第133條之二妨害安全駕駛罪。上述前瞻性犯罪雖然在實質上仍然是未完成犯形態，但經由預防性立法策略，其已經以既遂的形式出現在刑法分則中。同時，由於前瞻性犯罪與危害要素的徹底脫離，刑法得以在行為與最終危害結果尚處在相當遙遠的距離時，即展開司法幹預，顯著擴大了刑法的幹預範疇。

（三）“前瞻性”犯罪的實踐影響分析

前瞻性犯罪是立法設置的罪，分布在刑法分則中。這不僅是理論上分析的犯罪模式，同時，也會產生重大的實踐效應：

第一，擴大刑法處罰範圍。刑法預防性立法從兩個維度擴大了刑法的懲罰範疇：一是被刑法禁止的行為範疇擴大，這必然導致刑法範疇擴張。比如預備犯中的預備行為、預防性的持有犯罪中的持有行為、事前的幫助行為、煽動犯罪中的言辭行為等，均會被刑事禁止。同時，在預防性立法成為立法趨勢後，還會把更多類型的無實害結果行為納入懲罰範疇，新罪增加、犯罪構成要素變化等，

[27] [德]烏爾斯·金德霍伊澤爾：《刑法總論教科書》（第6版），蔡桂生譯，北京大學出版社2013年版，第286頁。

[28] 參見高銘喧、馬克昌：《刑法學》（第9版），北京大學出版社、高等教育出版社2019年版，第153頁。

[29] 周光權：《行為無價值論的中國展開》，法律出版社2015年版，第247頁；周光權：《刑法學》（第4版），中國人民大學出版社2021年版，第288頁。

均使刑法的分則體量增加，導致犯罪圈擴大。二是導致了未完成犯罪的未完成形態犯受到懲罰。當前瞻性犯罪被設置成故意犯罪時，其未完成形態同樣將面臨刑法處罰。特別是在刑法規定了懲罰預備、未遂和中止的立法範例下，故意類的前瞻性犯罪也相應的可能會出現預備、未遂和中止等犯罪形態。比如預備犯中的預備行為實行化後，也有預備、未遂和中止的可能，從而出現“未遂的未遂”、“未遂的中止”、“未遂的預備”等情況，導致刑法進一步擴大預防範圍。^[30]換言之，在前瞻性犯罪中，可能會存在刑法處罰“雙重未完成”甚至“多重未完成”等問題。^[31]例如，持有犯本身在刑法學理論上就是一種雙重的未完成形態犯罪，比未遂等一般的未完成形態犯罪距離造成實際的危害還要遙遠。^[32]倘若再對持有犯適用總則中的處罰未遂犯的規定，便會出現“多重未完成”的問題。

第二，前提了刑事司法措施的介入時點。刑法要經過司法走向實踐，因此，任何刑法實體法層面的變化，必然會導致刑事司法的變化。“懲罰-福利模式”瓦解以後，新近的犯罪控制理論促使刑事政策更多的關注犯罪造成的複合效應，而非造成犯罪的原因。減輕犯罪造成的損失、緩和大眾的恐慌並降低不安全感，一舉成為刑事司法的首要目標。^[33]在前瞻性犯罪語境下，把預備行為、持有行為犯罪化，能夠讓刑事司法措施更快、更早的介入到針對風險群體的二級預防中。刑事訴訟法往往對準用偵查措施設置相應的門檻，如德國便以偵查機關有合理懷疑行為人具有犯罪嫌疑為開啟偵查的條件。我國刑事偵查程序的啟動，同樣以有發生犯罪事實的嫌疑為立案的必要條件，只有在具備上述條件立案後，偵查機關才能對犯罪嫌疑人使用相應的刑事偵查措施。由於前瞻性犯罪模式無須以危害結果作為參照點，偵查機關得以成倍地向外擴張犯罪嫌疑的範圍，對風險群體實施監視等偵查措施。

第三，通過應用程序技術降低證明難度或直接從實體法上降低處罰難度。例如，持有犯罪通過應用刑事推定技術，擴大了犯罪故意的認定範圍。從實體法的定義方式來看，持有犯罪要求行為人明知自己持有刑法禁止物品的犯罪故意。如我國刑法第120條之六規定，“明知”是宣揚恐怖主義、極端主義的圖書、音頻視頻資料或其他物品。但持有犯罪經刑事推定技術的加持，可以在不觸及實體法的情況下，通過轉移證明責任，擴大犯罪故意的認定範圍。追訴機關僅需證明行為人持有被禁止物品的事實，即可直接推定持有人具有明知的故意，除非持有人能夠提出有效反駁。^[34]再如，成員身份犯罪在定義方式上，改變了通常針對行為的犯罪化思路，而是以行為人參加被禁止組織的方式寫入刑法。這使得其既避免了狹義共犯與實行犯所造成的危害結果之間的繁瑣歸責也直接降低了刑法的處罰要求，畢竟證明行為人參加或屬於一個被禁止組織的難度，遠遠低於證明其實施預備犯罪的難度。

[30] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.97.

[31] 閻二鵬：《預備行為實行化的法教義學審視與重構——基於〈中華人民共和國刑法修正案（九）〉的思考》，載《法商研究》2016年第5期，第64頁。

[32] Markus Dirk Dubber, *Policing Possession: the War on Crime and the End of Criminal Law*, in 91 *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2001, p.908.

[33] Anders Folmer Buhelt, “Policing the law of fear?”, in Barbara Hudson, and Synnove Ugelvik (ed), *Justice and Security in the 21st Century: Risks, Rights and the Rule of Law*, London: Taylor & Francis Group, 2012, p.179-198.

[34] 參見琚明亮：《證明困難視閾下的事實認定與刑事推定》，載《政治與法律》2020年第2期，第29頁。

三、刑法預防邏輯的規範性缺失與弊端

刑法中的前瞻性犯罪的共同結構是：將X行為（狀態）犯罪化，是為了減少Y被實施的可能性。^[35]將X行為（狀態）犯罪化，便是為了遏制潛在的犯罪人為實施Y所作的準備或阻止可能引起Y的犯罪因素的融合。因而，越是將X行為向未完成形態之前的行為或預備行為方向延伸，越是能促使刑事司法機關提前介入到犯罪流程中。例如，性引誘犯罪所懲罰的是為了和未成年人發生性關係而實施的接觸行為。功利主義、結果主義的計算無疑是前瞻性犯罪設置的主導邏輯。如哈塞默爾所言，預防邏輯是一種面向未來的思維方式，衡量刑法成功與否的標準僅僅是某些危害（恐怖襲擊、搶劫、殺人等）是否得到預防。^[36]

（一）預防邏輯對分配性正義的忽視

在刑法預防性立法的討論語境中，較為常見和簡單的計算模型是將強大的安全價值（恐怖主義襲擊、嚴重的人身傷害）與公民的自由置入天平兩端。答案當然是全面贊成前瞻性的犯罪模式，法和國家通過先發制人的方式確保公眾安全。或者用霍布斯的話來說，服從的目的是保護。更複雜的計算模型，如喬爾·範柏格提出的“調和準則”，將擬預防的危害的大小、危害發生的可能性、行為的社會價值等要素納入稱重池。^[37]事實上，在更為宏觀的犯罪控制場域中，已經經歷了由“社會”到“經濟”的思維方式轉變。“從犯罪預防再到警察、監獄、假釋等刑事司法事物，都吸收了審計、財務控制、成本效益評價等技術。”^[38]這種經濟合理性主導的思維方式促使人們以“風險管理”、“犯罪成本核算”等術語替代了過往“懲罰-福利”模式對社會因果關係的思考（犯罪的社會原因）。並且，也與“最大多數人的最大幸福”的功利主義主張形成強烈的共鳴。

而預防邏輯的弊端是顯而易見的，正如赫費所言：“唯有最大限度的共同利益是重要的，而將共同利益分配到各個成員則起不到獨立的作用。”^[39]從目的理性的角度來看，前瞻性的犯罪模式以限制公眾自由為代價，或許會起到防止犯罪危害的作用。但問題在於，功利主義、結果主義並不重視作為分配性利益的正義。所以為了追求預防危害而限制自由，極有可能不成比例地落到少數人身上，儘管這可能會使多數人受益。^[40]前瞻性犯罪懲罰無辜行為的風險便是犯罪化理論研究者的重點關注問題。^[41]同時，前瞻性犯罪對結果要素的省略，成倍地擴張了刑事偵查的懷疑範圍，抑制了公民間日常的互動交往行為。^[42]儘管從事無辜日常活動的行為人最終往往被排除出刑事司法程序之

[35] 持有作為一種對物品的控制狀態，也經由犯罪控制場域的再定義，被納入行為形式之中。

[36] Petter Asp, "Preventionism and Criminalization of Nonconsummate Offences", in Andrew Ashworth, Lucia Zedner, Patrick Tomlin(ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Durham: Oxford: Oxford University Press, 2013, p.29.

[37] [美]喬爾·範柏格：《對他人的損害》，方泉譯，商務印書館2013年版，第210-239頁。

[38] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.189.

[39] [德]奧特弗利德·赫費：《政治的正義性：法和國家的哲學之基礎》，龐學棖、李張林譯，上海譯文出版社1998年版，第58頁。

[40] 包括對社會邊緣群體的不公平對待等等。Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.105.

[41] 有關抽象危險犯可能殃及無辜的具體例子。參見何榮功：《預防刑法的擴張及其限度》，載《法學研究》2017年第4期，第153-154頁；姜敏：《間接危害行為犯罪化一般限制原則研究》，載《政治與法律》2019年第5期，第103頁

[42] 據《電訊報》報導，熱衷於搜集火車號碼的愛好者（train-spotters），拍攝車廂照片並記錄火車序號，刑事司法機關

外，但依據認知自由理論，即使是遭受逮捕和審問的可能性，甚至是接受調查詢問的可能性本身，都會使行為人受到抑制。畢竟刑法絕不僅僅是懲罰規範，刑法作為一種禁令性符號本身就傳達了法律具有的強制信息，從而形成對主體的抑制。包括有可能受到刑事懷疑的焦慮、被意見不同者向刑事司法機關舉報的擔憂等等方面，均可能進一步的導致公眾抑制私下表達等後果。^[43]

（二）預防邏輯消解了刑法體系的針對性部署

犯罪控制場域的預防性轉向，首先受到沖擊的便是危害原則、法益保護原則等犯罪化根據。在英美法系，危害原則是犯罪化根據，自其誕生伊始，便內嵌著作為懲罰的正當根據以及刑法的預防危害目的之間的緊張關係。危害原則認為刑法犯罪化的正當目的在於防止行為人構成對他人利益的阻撓、障礙或破壞。^[44] 危害原則對“他人利益”的強調，在刑法世俗化、反對刑罰家長主義干涉個人自由的過程中的確起到了重要作用。不過，早在創始人密爾那裏，危害原則便已經存有預防危害目的的另一個向度。密爾作為規範性的功利主義者認為，事先預防犯罪危害是社會的固有權利。在行為對個人或公眾造成明確的“危害風險”時，國家即擁有了幹預的正當理由。例如，密爾認為倘若“喝醉就要傷人的人而讓自己喝醉（引者註：行為人曾經在酒後對他人施加暴力），這就是對於他人的罪行”^[45]。在危害原則的後續發展中，學者們也曾試圖通過對危害他人利益的方式來尋求犯罪化的規範性限制，如喬爾·範伯格認為危害乃是“不法地”侵害他人利益。不過，在預防目的的強烈扯動下，危害原則實證化的趨勢十分明顯，將“他人”理解為包括社會、集體和國家等，正當化了刑法對集體法益的保護。隨著前瞻性犯罪模式的進一步發酵，針對風險行為犯罪化的間接危害問題也成為了危害原則保持立法批判機能的重中之重。而在大陸法系，犯罪化根據是法益保護原則，其也受到挑戰。作為法益概念前身的權利侵害說之所以被比恩鮑姆的“法財”概念取代，原因就在於權利侵害說的解釋機能不足，無法容納刑法對宗教、倫理的保護。^[46] 回溯性地來看，法益概念與個體權利之間的脫鉤是必然的，在道德哲學、政治哲學的拷問下，即使是洛克所提出的三大自然權利也存在很大的爭議，^[47] 更遑論當下流行的“安全”“感覺”等表象法益。隨著方法性法益概念興起，法益被理解為“具體刑法條文的意義與目的”^[48]。方法性法益概念將人們從處罰必要性的無限懷疑中解脫出來的同時，法益的立法批判機能也因此受到了致命詆損。

除此之外，隨著前瞻性犯罪模式對“危害+罪責”模式的突破，鋪設在危害結果和罪責要素之上的其他針對性部署也受到影響。一是過往刑法學圍繞結果歸屬問題構建起的刑法因果關係限制，由於危害要素的退場而遭遇消解。最終危害結果的發生極有可能並非由行為人的行為造成，而是由

以涉嫌準備恐怖主義活動為理由，拘留並搜查了拍照者。Lucia Zedner, “Preventive justice and the rule of law: what role for the legal profession and the courts, what role for academia?” in John McKenna and Alice-Ann Boylan (eds), *Queensland Legal Yearbook*, Queensland: Supreme Court Library, 2015, p.262.

[43] Peter Ramsay, “Democratic Limits to Preventive Criminal Law”, in Andrew Ashworth, Lucia Zedner, Patrick Tomlin(ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Durham: Oxford: Oxford University Press, 2013, p.231-232.

[44] [美]喬爾·范伯格：《對他人的損害》，方泉譯，商務印書館2013年版，第30-34頁。

[45] [英]密爾：《論自由》，許寶騫譯，商務印書館1998年版，第116頁。

[46] [美]馬庫斯·達博：《積極的一般預防以及法益理論》，楊萌譯，載《刑事法評論》（第21卷），中國政法大學出版社2007年版，456-457頁。

[47] 吳冠軍：《多元的現代性》，上海三聯書店2002年版，第79-81頁。

[48] [德]克勞斯·羅克辛：《德國刑法學總論——犯罪原理的基礎構造》（第1卷），王世洲譯，法律出版社2005年版，第14頁。

第三人的偶然介入促成。二是不能犯的認定愈發嚴厲。為了把刑法幹預的節點朝前移動，未遂犯的處罰標準已經由“以犯行為中心”走向“以犯意為中心”。未遂的認定與危害結果之間逐漸失去聯系，這也使得不能犯的認定空間受到壓縮，“行為人的思想就是他的危險性的最好的證明基礎”^[49]。三是降低了刑法的罪責要求。例如，持有犯借由程序性推定技術的運用，降低了行為人對持有物品的認識要求；再如，成員身份類犯罪使得參與者無須認識到擬預防的最終危害結果。這些均易引起懲罰無辜，因此，應對前瞻性犯罪進行規範限制。

四、前瞻性犯罪的規範性限制

（一）保護客體的設定：排除不適格的保護內容

應杜絕以不適格的集體利益為名，進行前瞻性犯罪的設置。以個人利益為保護重心的“危害十罪責”的犯罪模式，原則上要在危害結果發生或臨近發生之時，刑法才能進行幹預。而立法者通過將個人利益替換為國家安全、公共安全等集體利益的方式，可以在預防風險行為將來會對個人利益構成損害的名義下，設置前瞻性犯罪。^[50]因此，在預防邏輯的主導下，集體利益逐步取代了個人利益，直接作為預備犯、持有犯、危險犯等前瞻性犯罪的保護內容，以此實現犯罪風險管理的目的。

誠然，“所有的人均基於其生存條件的要求，需要生活在一個彼此交往、合作和相互信任的社會裏。在維護人類社會關係的和平秩序和保護秩序方面，刑法具有重要的意義”^[51]。刑法具有保護集體利益的必要性。但出於對個人自主權的維護，前瞻性犯罪模式對集體利益的保護客體設定，需要格外慎重。應避免預防邏輯假借保護公共利益之名，過度壓縮人們的生活世界。一是要防止將僅為少數人所享有的利益提升到集體利益的地位加以保護。在破窗理論等犯罪控制理論的話語加持下，以集體利益為名，懲罰有違風化的行為成為預防犯罪的重要措施。也即通過對上述行為的犯罪化，來阻斷可能會誘發的關聯犯罪風險，如強姦、搶劫等針對個人利益的嚴重危害。我國便在妨害社會管理秩序犯罪中設置了聚眾淫亂罪、賭博罪、傳播淫穢物品罪等等。這使得刑法自世俗化運動以來，再度面臨強制推行倫理道德的嫌疑。^[52]需要註意的是，此處提及的風化或道德，並不是可普遍化意義上的道德，而是“來自於社會成員基於任何一種有共同性的評價觀點而產生的集體意識^[53]”。這種利益實際上只是屬於“具體——特殊者”，而不是建立在共同體全體成員所共享的基礎上。^[54]以我國刑法第301條規定的聚眾淫亂罪為例，對聚眾淫亂罪的保護客體的討論，經歷了從性風俗到公眾對性的感情的變化。傳統刑法認為聚眾淫亂罪等風化犯罪旨在維護性風俗，即維護“在特定社會文化區域內人們共同遵守的有關性的行為模式或規範”^[55]。隨著法益概念進入我國

[49] [美]弗萊徹：《刑法的基本概念》，王世洲等譯，中國政法大學出版社2004年版，第232頁。

[50] 參見王永茜：《論集體法益的刑法保護》，載《環球法律評論》2013年第4期，第71頁。

[51] [德]漢斯·海因裏希·耶賽克、托馬斯·魏根特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國法制出版社2017年版，第1頁。

[52] 參見勞東燕：《風險社會中的刑法：社會轉型與刑法理論的變遷》，北京大學出版社2015年版，第263頁。

[53] 周漾沂：《從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎》，載《台大法學論叢》2012年第3期（第41卷），第1037頁。

[54] 孫國祥：《集體法益的刑法保護及其邊界》，載《法學研究》2018年第6期，第49頁。

[55] 羅翔：《從風俗到法益——性刑法的懲罰邊界》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2012年第1期，第67頁。

刑法話語體系，聚眾淫亂罪的保護客體也搖身一變，由性風俗轉向了公眾對性的感情。^[56]但在本文看來，聚眾淫亂罪所聲稱保護的集體法益，並不具備可普遍性的要求，仍然擺脫不了以刑法強制貫徹倫理的質疑。封閉環境下的多人自願實施的性行為，其實與公眾對性的對象特定性的感情，都只是一種生活方式，是“特定個人或特定集體在特定條件下追求或偏好的善（引者註：倫理）”^[57]。刑法對於保護客體的設定，不能僅考慮特定共同體的價值偏好，而是要採取一種他者的視角，將邊緣群體的自我理解包括進來，以此滿足普遍化要求的檢驗。在預防邏輯盛行的今天，聚眾淫亂罪等風化犯或許可以憑借對其他關聯犯罪的阻斷，而重獲話語上的正當性。^[58]但這種偏狹的倫理、實用中心立場，卻極有可能制定出只有利於特定群體但有害於其他群體的刑法。^[59]二是要慎重考慮由個人利益疊加而成的集體利益是否具有保護的必要性。一般來說，公務的廉潔性、司法公正性等集體利益具有明顯的不可分性，賄賂犯罪或偽證罪的直接被害人並不是受到相關影響的個人的原因就在於此。而包括公共安全、國民健康在內的（準）集體利益，則“只是個人利益的疊加而已”^[60]。例如，危害公共安全罪所保護的是個人的生命、健康或財產利益。我國刑法學通說認為危害公共安全行為可能侵犯的對象和可能造成的結果事先無法確定，具有不特定的特點（隨時可能向多數發展）。^[61]但不特定的特點也不能使之通過集體利益的普遍性要求的檢驗，因為，究竟行為最終侵害了多少個個人法益，實際上是一個司法證明問題。所以有學者提出：“只有當不法已經存在的時候才產生證明問題，不能用證明困難創設原本不存在的不法。”^[62]

（二）擬禁止行為的限縮：與擬預防危害的前置化聯繫

由於前瞻性犯罪模式對危害結果的縮減，使得傳統刑法圍繞危害結果設置的種種歸責原則/規則無從適用。刑法預防性立法雖然以履行國家積極保護義務為名義，但同時也呈現出將無害行為犯罪化的傾向。這引起的重要問題是：應對擬禁止的行為施加規範性限制。

一方面，針對抽象危險犯等可能直接造成危害結果的犯罪，需要強調被禁止的行為具有引起嚴重危害結果的高概率性。^[63]在傳統刑法理論中，不論是條件說、合法則的條件說還是英美法采用的“but-for”判斷公式，均旨在確保行為與結果之間的事實因果關係。這種原因與結果之間的事實因果關係，並不是自然意義上的“兩個具體事件之間的物理性聯繫”^[64]，而是具有一定的價值評價

[56] 參見張明楷：《刑法學（第6版）》，法律出版社2021年版，第1413頁。

[57] [德]哈貝馬斯：《在事實與規範之間：關於法律和民主法治國的商談理論》，童世駿譯，生活·讀書·新知三聯書店，第188頁。

[58] 其實早在1997年刑法修訂前夕，最高人民法院刑法修改小組提出的修改意見中，就體現出聚眾淫亂罪在預防關聯犯罪方面的效用。參見高銘暄、趙秉誌編：《新中國刑法立法文獻資料總覽》（第2版），中國人民公安大學出版社2015年版，第1160頁。

[59] 在預防刑法的論域下，偏狹的倫理、實用中心主義保護立場，導致了當代移民犯罪的過罪化趨勢。未向移民官出示文件、未提供雇主或金融機構要求提供的資料等行政違法行為紛紛被納入刑法制裁範圍，以此保護“社會安全”這一集體利益。Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.235.

[60] [德]塔特雅娜·赫恩勒：《犯罪化理論》，周遵友譯，載《廈門大學法律評論》（第34卷），廈門大學出版社2022年版，第228頁。

[61] 張明楷：《刑法學》（第6版），法律出版社2021年版，第878-879頁。

[62] 周漾沂：《從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎》，載《台大法學論叢》2012年第3期（第41卷），第1041頁。

[63] 姜敏：《論刑法預防性立法與刑事完善程序正義的實現》，載《中國刑事法雜誌》2023年第1期，第172頁。

[64] 勞東燕：《風險社會中的刑法：社會轉型與刑法理論的變遷》，北京大學出版社2015年版，第266-267頁。

色彩。例如，在食品、藥品等公害犯罪中，行為與結果之間的關聯性便難以為科學的自然法則加以解釋，疫學的因果關係通過大量的統計資料來證明致病因子與導致疾病幾率提高之間的關聯性。通過經驗層面的證據證明擬禁止行為與最終危害結果之間的事實性因果關係是擔保公平歸責的第一階段標準。在這一階段，要排除沒有充分事實依據的犯罪化活動。比如美國刑法將某些越軌行為或不文明行為犯罪化，但經驗證明這些行為與嚴重犯罪之間其實並無統計學上的顯著關係。^[65]而這一要求的實現，需要以國家承擔犯罪化的舉證責任為前提。^[66]國家在對關聯性行為進行犯罪化時，應檢驗擬禁止行為與擬預防的危害結果之間是否存在緊密關係，並通過相應的要素擔保二者之間的事實因果關係。例如，《刑法修正案（十一）》為了加大對安全生產犯罪的預防懲治，新增了刑法第133條之二妨害安全駕駛罪和第291條之二高空拋物罪。上述犯罪所保護的法益是公共安全和社會管理秩序，但其最終擬預防的危害結果則是民眾的生命、健康或財產安全等內容。^[67]因而，為了擔保擬禁止行為與最終擬預防的危害結果之間的概率關係，就需要在罪狀中設置行為性質、情節嚴重等要素。妨害安全駕駛罪中的“行駛中的公共交通工具”的地點要件、“使用暴力或者搶控駕駛操縱裝置”的行為要件以及高空拋物罪的情節要件中涉及的拋擲的物品性質、拋物地點、拋擲次數便應從這一角度加以考慮。以此將從高空拋擲紙質垃圾或塑料瓶蓋^[68]，拍打剛剛啟動的車輛駕駛員的肩膀^[69]等無法造成擬預防危害結果的行為，排除出刑法懲罰範圍。

另一方面，在預防性的持有型犯罪、預備犯罪等犯罪中，最終的危害結果需要行為人或第三人的進一步幹預，才可能促成。^[70]例如，在非法持有槍支罪中，只有當持有人或第三人進一步處理或使用槍支時，才可能造成危害結果。在這種情況下，即使能夠證明擬禁止的行為與危害結果之間的事實因果關係，也會面臨歸責正當性的質疑。在刑法理論中，回溯禁止、因果流程重大偏離、異常性與不可預見性等規則，皆旨在避免對不受行為人支配的因果流程的不當歸責。^[71]若欲在刑法預防性立法中真正落實這些原則，就應保證：必須在擬禁止行為與擬預防危害結果之間建立充分的聯繫，才有理由讓一個獨立自主的行為人對自己或第三人未來可能的行為承擔刑事責任。在結果歸責理論中，除了行為人直接支配因果流程，進而造成危害結果的“造成型”歸責類型外，還有“把結果表現為一個人給他人做有害之事提供理由或機會”的“引起型”歸責類型。^[72]學者丹尼斯·貝克認為，通過幫助或影響等路徑建立起實行犯與狹義共犯之間聯系的共同犯罪理論，為限制擬禁止行為的範疇，提供了方法論上的起點。^[73]具體而言，在客觀方面，通過教唆、鼓勵與影響、提供工具、

[65] 有研究表明，在其他變量保持不變時，混亂與人身攻擊、入室盜竊或強姦之間並沒有充分的統計學依據。參見Dennis J. Baker, *The moral limits of criminalizing remote harms*, *New Criminal Law Review*, 2007(03), p.378.

[66] [美]胡薩克：《過罪化及刑法的限制》，姜敏譯，中國法制出版社2015年版，第253-255頁。

[67] 參見姜濤：《高空拋物罪的刑法教義學分析》，載《江蘇社會科學》2021年第5期，第119頁。

[68] 參見敦寧：《高空拋物罪中“情節嚴重”的教義學詮釋》，載《河北法學》2023年第3期，第71頁。

[69] 參見王俊：《妨害安全駕駛罪的法教義學解釋——基於積極刑法觀的立場》，載《比較法研究》2022年第3期，第147頁。

[70] Andrew Von Hirsch, *Extending the Harm Principle: "Remote" Harms and Fair Imputation*, in A. P. Simester & A.T.H. Smith (ed) *Harm and Culpability*, 1996, p.266.

[71] 勞東燕：《風險社會中的刑法：社會轉型與刑法理論的變遷》，北京大學出版社2015年版，第157頁。

[72] [英]H. L. A. 哈特、[美]托尼·奧諾爾：《法律中的因果關係》，張紹謙、孫戰國譯，中國政法大學出版社2005年版，第62頁。

[73] Dennis J. Baker, *The moral limits of criminalizing remote harms*, *New Criminal Law Review*, 2007(03), p.382.

提供建議等要素的設置，在擬禁止行為與擬預防危害結果之間建立充分的聯系。^[74]由是觀之，對持有犯、預備犯的處罰理由在於以提供或準備犯罪工具等方式，對擬預防危害結果進行加功。例如，槍支是一種殺傷性武器，非法買賣或持有槍支，實際上對自己將來或第三人濫用槍支的核心功能就有加功作用。對於預備行為的犯罪化也應適度，有學者就提出立法上應避免使用極其寬泛的兜底條款，應當採取直接列舉規範性要素的實質預備犯的立法進路。^[75]具體言之，在罪狀上就應體現出規範性聯系，如明文規定“為了……準備……”等。還有學者提出通過主觀方面進行限制，擬禁止行為在客觀方面的加功程度越低，便應當提出越高的過錯要求。^[76]對於幫助型的介入，便應要求行為人對擬預防危害結果存有明知的認識程度。換言之，如果沒有預見則不應入罪。但對於鼓勵或影響型介入而言，則應當添加額外的主觀要素加以限制。比如可增加“目的”限制。以非法持有宣揚恐怖主義、極端主義物品罪為例，持有上述物品對最終的危害結果的加功程度明顯較弱，僅要求行為人具有明知其持有的物品性質，尚且不足以建立與最終危害結果的聯系。因此，可以通過在罪狀中增加“目的”的方式，對其予以限制。

五、前瞻性犯罪的替代方案及其制裁類型的調整

在刑法預防性立法的論著中，刑法的最後手段原則無疑是一個高頻術語。但在諸多犯罪化理論研究者看來，刑法最後手段原則的呼籲更像是“在方向上正確，但又等於什麼都沒說”^[77]的正確的廢話。因為，主流觀點仍然是以結果主義的計算邏輯來理解該原則，側重於比較民法、行政法等法律能否達到犯罪化所取得的預防效果。在筆者看來，應當將行政處罰法（治安管理處罰法）視為是預防的規範結構的一部分（替代方案），將無法通過規範性檢驗的前瞻性犯罪轉入其中，並對治安管理處罰法的制裁類型予以調整。

（一）以行政處罰法作為前瞻性犯罪替代方案的合理性

對前瞻性犯罪替代方案的選定，須結合本國的制裁體系加以考慮。總體而言，現代刑法的制裁體系可以分為兩類：一類是一元制制裁體系，無論反社會行為輕重皆由司法機關進行處理。另一類是二元制制裁體系，犯罪由司法機關進行處理，輕微違法行為交由行政機關處理。前者如英美法系國家，犯罪和輕微違法行為皆由司法機關處理，二者僅存在適用程序上的差異。^[78]後者如德國的違反秩序法，違反秩序行為在實質上是一種行政不服從，僅應受到違反秩序法規定的處罰，處罰類型以罰款為主。^[79]在我國，二元制的制裁體系最早確立於清政府於1908年頒布的《大清違警律》之中，其中規定了拘留、罰款等處罰類型。新中國成立以後，受蘇聯法律體系的影響，我國沿用了司法懲

[74] A. P. Simester and Andre Von Hirsch, *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, *Criminal Justice Ethics*, 2009(01), p.99-102.

[75] 參見閻二鵬：《預備行為實行化的法教義學審視與重構——基於〈中華人民共和國刑法修正案（九）〉的思考》，載《法商研究》2016年第5期，第60頁。

[76] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.112.

[77] [德]塔特雅娜·赫恩勒：《犯罪化理論》，周遵友譯，載《廈門大學法律評論（第34卷）》，廈門大學出版社2022年版，第229頁。

[78] 參見王彥強：《論我國社會治安二元交叉制裁體系》，載《江蘇社會科學》2016年第5期，第171頁。

[79] 參見王世洲：《罪與非罪之間的理論與實踐——關於德國違反秩序法的幾點考察》，載《比較法研究》2000年第2期，第188頁。

罰犯罪，行政處罰輕微違法行為的二元制制裁體系。在前瞻性犯罪普遍設置的今天，二元制制裁體系的優勢便在於，可以以一種低強度的處罰方式妥善處理不適格的預防性犯罪。^[80]將行政處罰法作為前瞻性犯罪的替代性方案，具有如下合理性：

第一，從我國近年來的刑法立法實踐以及刑罰結構來看，將不適格的前瞻性犯罪轉入行政處罰法，有助於實現制裁強度的輕緩化。我國有學者為刑法的現代化設定了嚴而不厲的基本構想。前瞻性犯罪的大範圍設置，的確可以通過降低刑法處罰門檻的方式，起到嚴密法網的重要作用。但織密法網只是刑法結構現代化的第一步，隨之而來的即是更新刑罰結構的祛“厲”問題。^[81]而我國近年來的刑事立法實踐卻呈現出“重刑化方向為主，生刑加重，財產刑的適用範圍加大、處罰力度加重”^[82]的面貌。且從刑罰配置的種類來看，五種主刑中，只有管制屬於非監禁刑。因而，將行政處罰法作為前瞻性犯罪的替代性方案具有促進制裁強度輕緩化的合理性。

第二，將行政處罰法作為替代性方案，也是基於我國當前犯罪附隨後果的嚴厲性的現實考量。我國犯罪附隨後果在內容的設置上，仍然存在相當一部分“連帶式”限制內容，以及與犯罪人所實施的犯罪毫無關聯的限制內容。如在《公安機關人民警察錄用辦法》、《征兵政治審查工作規定》中即包括對犯罪人近親屬在就業、入伍等方面的限制性規定。即使構建起相應的前科消滅制度，在當前的文化背景下，也很難根除對受過刑罰人員的隱性影響，即“隱性地、間接地迫使其疏遠與熟人和原有社群的關係”^[83]，從而損害犯罪人的社會權利。

第三，從域外法治經驗來看，採取一元制制裁體系的國家衍生出大量的“法治黑洞”，損害了被處罰者的應有權利。以行政處罰法作為前瞻性犯罪的緩沖區，可以在一定程度上避免這一點。在預防邏輯的主導下，不同形式的民事法、行政法（行政處罰法、公共衛生法、移民法）等法律皆被用於服務預防或安全目的。且常常配備了不同程度的限制或剝奪人身自由的強制性措施。在缺乏控制的情況下，極有可能構成對個體權利的不正當侵害。如美國的重要證人拘留制度以及英國的《反社會行為令》便在域外學界遭受強烈質疑。上述制度在民事、行政或民事-刑事混合的形式的偽裝下，繞開了刑事法對被限制或剝奪人身自由者的實體和程序保障。

（二）行政處罰法中處罰類型的調整

在選定行政處罰法為前瞻性犯罪的替代性方案的同時，應當取消行政處罰法中剝奪人身自由的制裁類型。這一處罰類型的調整主要基於以下考慮：

第一，基於刑罰的實質性特征，取消行政處罰法中的剝奪人身自由類型處罰，可以合理界分刑法與行政處罰法的邊界。從刑法的懲罰類型來看，刑法（刑罰）毫無疑問的是最為嚴厲的譴責制度。二元制制裁體系下的行政違法行為或違反秩序行為，與犯罪行為的根本區別在於，前者不會受到嚴重的道德責難。^[84]而犯罪行為承受的則是基於道義的刑罰譴責，具有鮮明的人格否定性特征。刑法否定犯罪人人格的直接效果便是共同體對犯罪人的排斥。^[85]這實際上也回答了，為什麼犯罪人在承

[80] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.116-117.

[81] 參見儲槐植：《走向刑法的現代化》，載《井岡山大學學報（社會科學版）》2014年第4期，第8頁。

[82] 劉艷紅：《積極預防性刑法觀的中國實踐發展——以〈刑法修正案（十一）〉為視角的分析》，載《比較法研究》2021年第1期，第65頁。

[83] 王瑞君：《我國刑罰附隨後果制度的完善》，載《政治與法律》2018年第8期，第93頁。

[84] [德]漢斯·海因裏希·耶賽克、托馬斯·魏根特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國法制出版社2017年版，第75頁。

[85] 參見時延安：《犯罪化與懲罰體系的完善》，載《中國社會科學》2018年第10期，第117頁。

受制度性犯罪附隨後果的同時，也會承受來自周圍社群的非制度性疏遠和排斥。因為只要“中斷犯罪人與共同體之間正常交往關係便意味著個人被排斥於共同體的正常交往秩序之外”^[86]，從而引發對被排斥者的汙名化效應。

第二，取消行政處罰法中的剝奪人身自由類型的處罰，可以有效回應權利保障不足的質疑。我國有觀點認為，治安處罰措施可能會直接剝奪行政相對人的人身自由，但卻缺乏司法審查和制約機制，無法保障被處罰者的相應權利。^[87]也有論者在贊同前述觀點的基礎上，從權力配置的角度指出“這種司法權弱而行政權強的國家權力配置模式顯然不利於對公民合法權力的保護”^[88]。從現代法治國家的發展脈絡來看，為了因應晚期現代性的復雜社會，行政權力的擴張，是不可避免的趨勢。國家和政府的角色也由“守夜人”，轉化為復雜社會中的“保姆”。應予以避免的是行政權存在的“自我編碼”現象，即變相立法，自己執行自己所立之法。^[89]取消行政處罰法中的剝奪人身自由類型的處罰，能夠在保障被處罰者應有權利的前提下，保持行政機關在犯罪預防工作中的能動性和活躍性。

Abstract: The preventive turn of crime control field lays the condition for the prospective crime model. Compared with the previous model of “harm plus culpability”, the prospective crime model of “no harm result” can play a defining role in expanding the scope of criminal punishment, advancing the time point of criminal judicial measures intervention and reducing the difficulty of punishment. However, the criminal law preventive logic which dominates the prospective crime mode has some drawbacks, such as ignoring distributive justice and dispelling the pertinent deployment of criminal law. The prospective crime model should be regulated from the two dimensions of protected objects and proposed prohibited acts, that is, in the setting of protected objects, unsuitable protection content should be excluded. In the setting of the proposed prohibited behavior, the factual causal relationship between the proposed prohibited behavior and the harmful result should be ensured, and the normative relationship between the proposed prohibited behavior and the harmful result should be established through objective and subjective factors. In addition, the administrative punishment law can be considered as an alternative to the prospective crime model, and the punishment types of deprivation of personal freedom should be eliminated.

Key words: Crime Control; Prospective Crime Model; Preventive Logic; Normative Limitations

(責任編輯：張雨虹)

[86] 時延安：《犯罪化與懲罰體系的完善》，載《中國社會科學》2018年第10期，第119頁。

[87] 周光權：《積極刑法立法觀在中國的確立》，載《法學研究》2016年第4期，第30頁。

[88] 陳興良：《犯罪範圍的擴張與刑罰結構的調整——〈刑法修正案（九）〉述評》，載《法律科學》2016年第4期，第182頁。

[89] 參見高鴻鈞等：《商談法哲學與民主治國——〈在事實與規範之間〉閱讀》，清華大學出版社2007年版，第296頁。