

预备行为实行化的立法分析

谢歆悦

江南大学法学院，江苏 无锡

收稿日期：2023年9月15日；录用日期：2023年9月28日；发布日期：2023年11月20日

摘要

为适应当前社会犯罪手段复杂化、隐蔽化的趋势，出于预防刑法理念，预备行为实行化这种立法模式不断适用，虽然一定程度上通过前置刑法介入时间对犯罪行为进行预防性制裁，但是单独立法可能无限制地扩大刑法规制的范围，对公民的基本权利造成损害。预备行为实行化立法对于罪名规定抽象化、非类型化，对入罪的重大法益标准不够统一，介入时“抽象危险”定义不清，应当引入比例原则，将预备行为予以类型化，从质和量两方面判断重大法益，从行为人的主客观确立介入时机，以此完善预备行为实行化的立法模式。

关键词

预备行为实行化，法益保护，类型化，比例原则

Legislative Analysis of Implementation of Preparatory Acts

Xinyue Xie

School of Law, Jiangnan University, Wuxi Jiangsu

Received: Sep. 15th, 2023; accepted: Sep. 28th, 2023; published: Nov. 20th, 2023

Abstract

In order to adapt to the trend of complicated and concealed criminal means in the current society, the legislative mode of the implementation of preparatory acts is constantly applied out of the concept of preventive criminal law. Although preventive sanctions on criminal acts are carried out through pre-emptive criminal law intervention time to a certain extent, separate legislation may expand the scope of criminal law regulation without limitation and cause damage to the basic rights of citizens. The legislation of the implementation of preparatory acts is abstract and non-typed in

the provisions of charges, not uniform in the standards of major legal interests of crimes, and unclear in the definition of “abstract danger” in the intervention. The principle of proportion should be introduced to type preparatory acts, judge major legal interests from both qualitative and quantitative aspects, and establish the opportunity for intervention from the subjective and objective of the perpetrator, so as to improve the legislative model of the implementation of preparatory acts.

Keywords

Implementation of Preparatory Acts, Protection of Legal Interests, Type, Principle of Proportion

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. 预备行为实行化问题的提出

我国刑法总则第二十二条依据传统犯罪理论中修正的犯罪构成要件理论对于预备行为的处罚进行了一般性规定,此种预备犯又被称作形式预备犯。与之相对应的是实质预备犯,面对犯罪方式趋向隐蔽化、精密化,相关规定已经不能满足对法益的保护需求,故通过预备行为实行化将原属于预备范畴的行为在刑法分则中独立规定犯罪构成要件的方式单独成罪予以保护。预备行为实行化旨在对涉及国家安全、公共安全等重大公共利益等保护进行早期化介入,行为的可罚性不再以实行行为为起点,对于预备阶段即产生重大法益威胁的行为进行规制,防止实行阶段造成更大损害,我国立法模式也逐渐由事后惩罚向事前预防转变。

自《刑法修正案(九)》到《刑法修正案(十一)》,刑法在恐怖主义犯罪、网络安全犯罪等领域均将部分预备行为独立成罪实现预备行为实行化,涉及到的罪名规定在不同分则章节中,在犯罪形式、法益侵害对象等方面缺乏共性。预备行为实行化逐渐成为一种新的立法趋势,为有效预防和打击犯罪提供了更为有效积极的手段,但是“预备行为实行化”设置的罪名无限地放大刑罚规制的范围,对罪状表述模糊,行为边界规定宽泛,不完全符合刑法谦抑性原则,突破了刑法违法相对性理论,急需解决应当遵循怎样的立法界限和合理标准将预备行为予以类型化规定的问题。

2. 预备行为实行化的潜在风险

顺应犯罪预防与法益保护趋势,刑事立法将越来越多重大犯罪的预备行为列入刑法规范的调整范围之内,通过在刑法分则中设置具体罪名条文使刑法对法益的保护前置化,对预防实施预备行为之后更加严重的犯罪实行行为产生了积极作用,将严重的犯罪行为扼杀在预备阶段,防止造成更大的损害结果,预备行为实行化符合由事后惩罚向事前预防转变的预防型刑法的趋势。预备行为实行化将重大犯罪的预备行为独立入罪,使其具有规范性和定型性的特征,强化刑法对法益的保护。

我国虽明确处罚预备行为,但基于我国刑法第十三条的但书规定就导致在司法实践中很多犯轻罪的预备犯基于该条规定从而出罪,并且很多情况下也不会对其再行行政处罚,这就会造成刑事法网的疏漏,使部分预备犯逃脱法律制裁。但日益精细复杂的犯罪仍高频发生,有些预备行为也确为后续实行行为的顺利开展提供了便利与帮助,对法益造成威胁,此时对待这些预备行为便不能一味从宽,否则便无法满足保护法益的需求。

2.1. 立法过于原则性，具体标准和方式不够明确

刑法总则中对于一般预备行为的处罚规则进行了规定，同时在分则中对失职预备罪进行了拟制性规定，相关罪名具备独立的构成要件和量刑标准，与总则规定产生冲突，属于特殊和一般的关系，分则条款的适用排斥了总则致使刑法系统的协调性和明确性受到影响。基于积极刑法的观念，对预备行为的独立成罪并不断以司法解释加以限制虽然一定程度上完善了对此规范的司法适用，但是对于刑事立法协调性仍然欠缺考虑。根据总则罪数形态的规定，实行化后的预备罪理应具有停止形态与共犯参与形态，单独成罪导致犯罪构成与犯罪形态关系的混淆，故产生对实质预备罪的共犯判断模糊，预备行为的预备和帮助行为认定标准不明的问题[1]，致使刑法介入领域和处罚范围不断扩张、罪与非罪界限不清、罪间边界不明等不利后果。

以“预备行为实行化”为典型的这种预防刑法观从实际效果来看导致了刑罚与行政法的竞合，导致大量不具有损害性的预备行为入罪，刑法的最后手段性受到破坏，对国家刑罚权的约束降低，越来越多本可以通过行政法或民事法律规制的行为被纳入了刑法制裁的范围[2]。中国刑事立法“二元化”应将行政处罚与刑法制裁相区分，无限制地将预备行为纳入刑法范围，使得刑法与其他部门法尤其是行政法的界限日益模糊，导致罪名形式化、空洞化、黑洞化，同时也让刑法自洽性削弱。对于轻微的违法行为应当尽可能地采取更加便捷高效的行政制裁措施，避免对司法程序无必要的启动，弱化刑法功能，以此节约司法资源，提高违法犯罪的整体制裁效率。

2.2. 预备行为缺乏类型性和限定性

犯罪预备行为对法益的侵害是非盖然的，其间接性要求立法时明确规定入罪的范围，必须针对重大法益才有具备立法的正当性和司法的正确适用性。但是预备行为因其侵害性特征并不明显而难以类型化，预备行为从准备工具到创造条件都具有多种可能性，且与实行行为可能联系不太密切，此时便很难将所有预备行为罗列或概括，且即使是同类的预备行为也存在危害程度的差异。尽管在理论上要求预备行为必须是在主观违法意志下实施，但是司法实践中难以确定。在刑法修正案和相关司法解释中，基本上都采用了“列举 + 兜底性条款”的模式对实质预备犯加以规定，用列举的方式在一定程度上满足了“类型化”的要求，但是兜底性规定无形中既扩大了惩罚的范围增加了不确定性，又与总则中一般性的预备犯可罚性产生重复。

现有的预备行为实行化立法并不能满足针对重大法益进行类型化、明确化规定，现有立法主要保护“国家安全法益”、“公共安全法益”、“经济安全、社会安全”三方面重大法益。其中，对“国家安全法益”的考量主要包括背叛国家罪中“勾结”行为，分裂国家罪、颠覆国家政权罪中组织策划的行为；刑法中有关持有型犯罪主要是对公共安全法益的保护；与互联网发展密切相关制定出的非法利用信息网络罪、妨害信用卡管理罪则是对经济安全社会安全等公共法益的保护[3]。仅通过重大法益保护为预备行为实行化提供正当化依据可能使重大法益内涵不明，从而使得这一刑事政策合理性的丧失。加大对国家安全和公共安全法益的保护从而将刑法介入时间提前无可厚非，但是对于社会秩序、经济秩序是否应当纳入“重大法益”进行前置保护值得反思。诸多经济犯罪和网络犯罪的前期预备行为社会危害性不大，且很难与日常生活行为相区分，很难通过重大法益加以描述。

2.3. “预备行为实行化”介入点不明确

预备行为实行化通过立法者设置独立的构成要件获得了“形式合法性”，因其“对重大法益的抽象危险”获得了“实质正当性”[4]。立法时通过以预备行为对重大法益的侵害作为入罪标准，换言之，对重大法益的危险理解为抽象危险可能更具合理性，也更符合预备行为的本质。

但问题在于，所谓的“抽象危险”中危险的定性，预备行为与抽象危险的关系均难以确定。抽象危险犯是一种推定出的而非具体的危险，与具体危险犯需要根据具体案情加以判断其行为是否有足以造成某种后果的危险不同，其不针对具体的行为对象，而因实施特定行为本身具有危险性而被禁止。有学者认为，抽象的危险犯中的危险判断标准是一般社会生活经验，抽象危险犯是指只要行为人实施了刑法分则条文所规定的某种具体犯罪客观方面构成要件的行为就具有产生某种后果的危险[5]。

与具体危险的现实性与紧迫性相比，预备行为本身社会危险性并未达到相当程度，但是这种危险具有侵害法益的可能性和盖然性，张明楷教授认为“预备犯本来就属于抽象危险犯的范畴，预备犯的危险也被称为是抽象的危险”，预备行为实行化是抽象危险犯的类型之一。但是对于抽象危险依旧是模糊不清的，“预备行为实行化”的介入时点依然是不明确的，这并不利于为“预备行为实行化”确立界限。

无论抽象危险在程度和性质上是否有所不同，其代表的依旧是一般生活经验的产物，是一种造成法益侵害结果的可能性。换言之，如果立法者因为抽象危险而将某些预备行为予以实行化，则往往是因为立法者认为这些预备行为向前发展一般而言都会造成难以估量的恶果。预备行为和实行行为是犯罪过程中紧密联系的两个递进阶段，犯意形成后经过“着手”这一时间点由预备阶段向实行阶段转化，行为人带有主观违法目的下实施的任何行为都有进一步侵害法益的可能性。如此一来，在预备阶段，不管刑法在哪个时点介入，最终可能都符合“对重大法益的抽象危险”这一实质标准，显然这并不能起到限制立法的作用，国家依然可以根据社会防卫和管控的需要，过于超前甚至随意确定刑法介入时点。这也就是说，抽象危险也只是提供了“预备行为实行化”的正当理由，但其本身并未明确告诉我们刑法的合理介入时点。当然，也有很多学者进一步提出“与实行行为紧密联系”、“临界于实行行为”这样的命题，这种思路无疑是正确的，但如何才算“紧密相联”与“临界”，这显然需要更为具体的标准去界定，而这可能才是问题的关键所在。

3. 预备行为实行化的立法优化路径

3.1. 引入比例原则

刑事立法通过谦抑性原则和法益保护原则相互制约，谦抑性原则要求无代替刑法的其他适当方法下才可设定为犯罪，要求慎用刑罚；法益保护原则抽象地论述“犯罪应当以保护法益为目的”，这两项原则理念却概括抽象地影响着立法理念，但是面对入罪标准、犯罪未完成形态的可罚性、区分未遂犯与不能犯等与法益相关的具体问题得不到有效的解决。故需要在设定入罪标准时引入比例原则，综合考量行为犯罪化的标准，张明楷教授对法益保护原则与比例性原则的内容及其之间的关系作出了细致、严密的论述，认为“比例原则与法益保护原则并不是包容关系，也不是对立关系与中立关系；从基本内容来看，比例原则并没有超出法益保护原则”[6]。

首先，刑事立法的依据比例原则须具备适当性，预备行为实行化是刑事立法前置化倾向的产物，目的在于更大程度地对法益实现提前保护，避免犯罪进入危害性更大的阶段，由此看来，该制度是通过刑罚权实现惩罚犯罪的目的，理应具备适当性。其次，刑事立法须具备必要性。必要性与谦抑性原则基本一致，在预备行为单独成罪中，存在刑法规定与行政法规规定同时存在的情况，在适用行政制裁手段能够对违法行为进行控制和预防时不应当将该预备行为实行化。最后，刑事立法须符合狭义比例原则的要求，立法必须在保护法益和保障公民权益之间寻求平衡，设置不合理的罪名和过重的法定刑可能对公民基本权利产生损害。法益衡量是狭义比例原则的核心内容，国家公权力的行使必须坚持利益均衡的方法论，不能一味地将重大法益作为自身行为的正当性理由，而忽视公民基本权利的保障[7]。具体来说，刑法立法必须保持系统性和一致性。在行为方式上，由于预备行为本身属于法益关联性较为薄弱的犯罪，

就应该罪状表述上做到具体明确；在设置罪名时应当考虑对法益侵害的程度而是否需要入罪，不可出现侵害程度相当却入罪情况不一致；即使均设定罪名，对于同类罪名(侵犯同法益)的法定刑设置也需要慎重考虑，合理安排欲立罪名的法定刑梯度和刑罚种类。

3.2. 从质和量考量重大法益

预备行为实行化立法技术的使用应限于特殊领域，不是所有领域和法益都需要通过刑法提前介入加以保护，前文已经论述现有立法将国家安全、公共安全、经济秩序此类法益纳入预防性立法的范围，但是在具体实行中出现在轻视具体执行，甚至超出法治视域执行的情况，故需要考量何种重大法益应当加以前置性刑法保护。

一般来说，客观危害是法益的外部显示，行为触犯的法益越重要，引起的客观危害就会越重，反之，若行为侵犯了较次要的法益，造成的客观危害就会较轻^[8]。经济、生产秩序等只是影响人们“生活”的法益，即影响的只是人们的生活质量而非生存条件，其客观危害显然不能与生命健康相提并论，故不能算作重大法益。所以，“预备行为实行化”一般只宜出现在危害国家安全和公共安全的章节中，因为国家安全与公共安全往往会与社会公众的生命健康安全联系在一起，而在侵犯个人权利、财产犯罪以及妨害各类秩序的章节中则不应出现这种立法模式。

现阶段常常只考虑预备行为涉及法益的重大程度是否足够纳入实行化立法保护范围，但是法益的性质应当是条件之一，还应当考虑法益的自我保护能力与法益损害量的剧增。考虑法益损害量的剧增不能只看法益的性质，而是要结合时代的发展考虑较为轻微预备行为是否会引起剧增的社会危害性。犯罪由传统现实社会向虚拟网络空间发展，与传统犯罪不同，犯罪分子利用网络技术的虚拟性与便捷性，往往会造成更加严重的危害结果，法益应当从质与量两方面进行考虑，实现轻微法益，也可能产生巨大的社会危害性。从刑法的谦抑性和预防性出发，对于预备行为采取单独成罪刑事制裁后必须大幅度降低法益发生的危险以及减少发生的量，一方面，重大危险所要求的是对行为的规制能够较大幅度地降低法益发生的危害概率，本质是对行为与结果之间相当因果性之相当性的判读，相当性判断以事实经验性为主。另一方面，刑法规范减少发生的法益损害是重大的，体现于对法益的性质与量化的考察，表现为对重大法益的保护以及非重大法益损害累计量达到一定程度后加以规制。

3.3. 从主客观确立介入时点

预备行为与实行行为紧密联系的标准应当为，行为人一旦着手实行后续行为，不需要再满足其他条件或其他准备行为即可对法益形成紧迫危险或侵害。在具体判断上，要分析在实现法益侵害结果的过程中，是否还需要其它因素介入才能使得犯罪成功，如果需要，则该预备行为不能被实行化。

客观上以对重大法益产生抽象危险作为刑法介入时点与介入范围缺乏明确标准，容易造成滥用，需要对其类型化，在立法中常采用“列举 + 兜底性条款”的规定，那么对兜底性条款必须以此标准进行限缩解释：明显异常于符合社会规范要求的日常行为，且对于法益侵害而言具有高度的危险实现的可能^[9]。行为人主观上有实施指向重大法益危害的行为，客观上一旦实施具体实行则极有可能造成严重的法益侵害结果，即此种判断标准有益于将行为人犯罪行为同一般生活行为相区分，主客观相结合以判断预备行为的性质，避免出现对刑事处罚的滥用。

具体来说，预备行为实行化的立法目的是防止出现严重的危害结果，故行为人在实施预备行为时的主观心态就不能仅仅是对实施该预备行为本身抱有故意，也应当有实施后续行为并造成更严重法益侵害结果的主观目的。预备行为本身只要不再向前发展就不会对法益产生真正的威胁，所以如果行为人只是故意实施了该预备行为而不问其后续的目的是什么，虽然存在具有进一步侵害法益的抽象危险的可能性，

但却始终有打击无辜的风险。立法者之所以要选择将某些预备行为予以实行化，往往是因为这种预备行为与后续的严重法益侵害结果存在联系，但预备行为本身又不会造成后续的法益侵害结果，造成结果的是预备行为继续向前推进的后续行为，所以如果不要求行为人有实施后续行为的目的和追求严重法益侵害结果的心态，而只把刑罚处罚立足于预备行为本身，则可能违背了主客观相统一和罪责原则。

参考文献

- [1] 蒋昊, 孙韶刚. 限定与建构: 预备行为实行化立法的教义学审视[J]. 研究生法学, 2022, 37(3): 43-56.
- [2] 孙万怀. 违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评[J]. 政治与法律, 2016(3): 10-21.
- [3] 商浩文. 预备行为实行化的罪名体系与司法限缩[J]. 法学评论, 2017, 35(6): 167-175.
- [4] 谢望原, 朱劲松, 刘品新. 网络犯罪与安全[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2019: 281.
- [5] 李林. 学术研究 危险犯与风险社会刑事法治[M]. 成都: 西南财经大学出版社, 2012.
- [6] 张明楷. 法益保护与比例原则[J]. 中国社会科学, 2017(7): 88-108.
- [7] 于改之, 吕小红. 比例原则的刑法适用及其展开[J]. 现代法学, 2018, 40(4): 136-149.
- [8] 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[J]. 法学论坛, 2018, 33(2): 152-160.
- [9] 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[J]. 法商研究, 2016, 33(5): 58-65.