

STUDIES ON THE SHIFTING FORWARD OF CRIMINAL LAW PROTECTION:

Phenomenological Observation and Dogmatic Analysis

刑法保护前置化研究： 现象观察与教义分析

李晓龙 著

本书主要围绕刑事立法上的目的犯、危险犯、预备犯、企行犯等立法类型和刑事司法中的“共犯正犯化”“预备独立化”“未遂既遂化”等解释规定，通过考察刑法前置化的表现形式和概念特征，借助刑法的规制技术观察现行刑法的前置化关联，分析刑法前置化的负面危险，探讨刑法保护前置化的正当根据。



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

2017 年度国家社科重大项目“网络金融犯罪的综合治理研究”(项目编号: 17ZDA148)、
2017 年福建省社科规划项目“环境犯罪刑法治理的早期化问题研究”(项目编号: FJ2017 B002)的阶段性成果

STUDIES ON THE SHIFTING FORWARD OF
CRIMINAL LAW PROTECTION:

Phenomenological Observation and Dogmatic Analysis

刑法保护前置化研究:
现象观察与教义分析

李晓龙 著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

刑法保护前置化研究:现象观察与教义分析/李晓龙著. —厦门:厦门大学出版社, 2018.7

ISBN 978-7-5615-6975-7

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑法-研究-中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 103927 号

出版人 郑文礼

责任编辑 甘世恒

封面设计 李夏凌

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门集大印刷厂

开本 720 mm×1 000 mm 1/16

印张 17

字数 300 千字

版次 2018 年 7 月第 1 版

印次 2018 年 7 月第 1 次印刷

定价 68.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



目 录

第一章 引 言	001
第一节 研究的目的与动机	001
一、问题意识	001
二、研究综述	002
第二节 研究的内容与范围	007
第三节 研究的进路与方法	009
第二章 刑法保护前置化的现实考察	011
第一节 德国刑法的保护前置化趋势	011
一、德国刑法保护前置化的立法	012
二、德国刑法保护前置化的讨论	019
第二节 日本刑法的保护前置化趋势	031
一、日本刑法保护前置化的立法	031
二、日本刑法保护前置化的讨论	037
第三节 我国刑法的保护前置化趋势	045
一、我国刑法保护前置化的立法	045
二、我国刑法保护前置化的讨论	052



第三章 刑法保护前置化的基本理论	059
第一节 刑法保护前置化的概念	059
一、刑法保护前置化的概念澄清	060
二、刑法保护前置化的概念阐释	065
第二节 刑法保护前置化的原因	073
一、刑法保护前置化的社会外因	073
二、刑法保护前置化的刑法内因	077
第三节 刑法保护前置化的表现	082
一、法益保护前置化的表现	083
二、刑法处罚前置化的表现	091
第四章 刑法保护前置化的存在问题	095
第一节 法益论对刑法前置化的批判	095
一、法益论对刑法处罚前置化的批判	095
二、法益论对保护法益前置化的批判	101
第二节 罪责论对刑法前置化的批判	106
一、罪责论对保护法益前置化的批判	106
二、罪责论对刑法处罚前置化的批判	110
第三节 预防论对刑法前置化的批判	112
一、刑法前置的实效性问题	112
二、刑法前置的象征性问题	114
第五章 刑法保护前置化的必要界限	119
第一节 前置化正当边界的理论探索	119
一、偏向风险刑法的前置化界限	120
二、立足传统刑法的前置化界限	128
第二节 前置化正当边界的理论构想	134
一、刑法前置化的应罚性限制	134
二、刑法前置化的需罚性限制	148



第六章 法益保护前置化的限制路径	161
第一节 普遍法益概念的具体化	162
一、普遍法益的概念限缩	162
二、普遍法益的适格检验	171
第二节 普遍法益内容的具体化	177
一、普遍法益侵害的具体化	178
二、普遍法益构造的具体化	186
第七章 刑法处罚前置化的限制路径	190
第一节 抽象危险犯的处罚根据	190
一、抽象危险犯处罚根据的理论争论	190
二、抽象危险犯处罚根据的理论检讨	203
第二节 抽象危险犯的处罚界限	217
一、抽象危险犯处罚界限的不同解释	218
二、抽象危险犯处罚界限的初步构想	229
第八章 结 论	244
参考文献	247



第一章 引言

第一节 研究的目的与动机

一、问题意识

由于将确保安全视为国家治理责任的国民观念日益高涨,主张刑法处罚早期化的积极主义刑法观开始出现。^①一方面,不仅在国内治安和组织犯罪等传统领域,而且在信息技术、环境保护或经济犯罪等新兴领域,持续出现了将保护范围由个人法益侵害提前到集合法益侵害、将保护程度由侵害犯或结果犯类型提前到危险犯或预备犯类型的刑法保护前置化立法;另一方面,在司法实务中刑法保护前置化也成为刑法适用的流行主题,例如将索取贿赂未遂与收受贿赂既遂同等看待的“企行犯”解释模式、将绑架中的勒索财物或不法要挟视为“超过内心倾向”的目的犯解释模式、将醉酒驾驶理解为“大众行为之规范违反”的危险犯解释模式、将网络平台服务商的日常中性行为予以前阶段处罚的预备犯解释模式,都明显表示出通过刑法解释将可罚性时点提前的企图。

面对这种早期化刑事立法的浪潮,大致存在两种论证进路:或者是立足于传统法益将行为类型由侵害犯前置为抽象危险犯,而取消行为与法益之间的侵害关联;或者是将属于传统法益的“人的生命健康与财产”前置

^① 周光权,积极刑法立法观在中国的确立[J],法学研究,2016(4):23-25.



到抽象集合领域，通过创立例如“环境安全”等普遍法益来遮掩行为与传统法益之间的微弱关联。这两种不同的正当性论证途径正好反映了刑法保护前置化的两条发展道路，前者称为刑罚处罚的前置化（Vorverlagerung der Strafbarkeit），后者称为法益保护的前置化（Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes），两者共同构成刑法保护前置化的表现形式。

但是，一方面，刑罚处罚的前置化所带来的前置犯罪类型，由于作为其处罚根据的危险关联难以判断，特别是作为危险征兆的事前预测与作为侵害发生的事后观察不易区别，能否符合法益保护原则与责任主义的要求存在疑问。另一方面，法益保护的前置化所带来的环境安全和公共秩序等普遍法益，由于其概念和内容是不明确的，其处罚范围和保护形式也不确定，能否符合依法治国原则下的明确性要求存在问题。由此必须追问刑法为了安全保护的促进能否且如何做出贡献？也即人们必须询问应当根据什么条件来区分前置化与非前置化？继而前置化因为可罚性扩张或者既遂时点前移而是不合法的？是否为了避免远程意义的危险就能够使一个对基本权利的侵犯被正当化？一个构成要件的前移所导致的不法内涵欠缺是否可以通过刑法的解释理论和刑罚幅度调整所弥补？

二、研究综述

随着现代国家由强调最小化国家权力介入的19世纪自由主义法治国家范式，向重视事前预防与防控危险的“预防国家（Präventionsstaat）”^①或者“安全国家（Sicherheitsstaat）”^②范式的变迁，刑法的机能已不限于对过去实

① 有关预防国家的详尽分析，可参见 STEFAN HUSTER, KARSTEN RUDOLPH (Hrsg.). Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat[M]. Frankfurt: Suhrkamp, 2008: 9-20; WOLFGANG KÄCK. Risikovorsorge als Staatsaufgabe[J]. Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 1996, 121: 13-16.

② 有关安全国家的详尽分析，可参见 DIRK SIMON. Präzeptoraler Sicherheitsstaat und Risikovorsorge[M]. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009: 63-77; TOBIAS SINGELNSTEIN, PEER STOLLE. Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert[M]. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2008: 20-23.



施犯罪的镇压和抑制,而转向对未来可能风险的前置介入和积极防控。^①也即为了达成通过危险预防和风险管理的安全确保这一任务,以刑法作为积极工具在法益侵害或者危险(Gefährdung)发生的前阶段就积极介入,将刑法视作消除社会风险与回应民意吁求的最佳手段而扩张其适用范围,成为世界各国在应对各类现代犯罪问题的价值选择。由此导致刑法保护的前置化(Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes)或者刑法的早期化(Strafrechtssvorverlagerung)在最近数十年间一直是各国刑法立法的基本特征。^②德国自1976年第14部刑法修正案开始,刑法持续显示出以法益保护的前置化与刑罚处罚的前置化为中心的早期化处罚趋势。^③日本自20世纪末期以来逐渐进入“立法活性化”的时代,其刑事立法活动除了显示出与刑法谦抑原则相对的“刑罚积极主义”倾向外,还带有“处罚的早期化”“法益概念的抽象化”等特征。^④在我国,多部刑法修正案通过设置危险犯构成要件来前置刑法干预起点,体现出刑法干预早期化、扩张化、能动化的鲜明特色。^⑤

对于刑事立法的这种变化,哈塞默(Hassemer)和诺伊曼(Neumann)以“机能化(Funktionalisierung)”、“脱形式化(Entformalisierung)、前置化法益保护(Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes)”来加以批评,^⑥乔克斯

① 代表性见解参见CORNELIUS PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft[M]. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1993:160-162. 进而Prittwitz教授指出,工业社会的“预防刑法(Präventionsstrafrecht)”通过新型法益保护和刑法保护的事前要求,变样为风险社会的“巨大操纵刑法(Großsteuerungsstrafrecht)”,这种巨大操纵刑法是非效率的、反生产性的,进而丧失了长期的名声和信赖性,在法治国家上是不被容许的同时,以“危险刑法的危险”加以表现。

② BEATRICE BRUNHÖBER, Von der Unrechtsahndung zur Risikosteuerung durch Strafrecht und ihre Schranken [M]// ROLAND HEFENDEHL, TATJANA HÖRNLE, LUÍS GRECO (HRSG.), Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für BERND SCHÜNEMANN zum 70. Geburtstag. Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2015:4.

③ WINFRIED HASSEMER, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts[J], Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP), 1992(10):378ff.

④ 井田良, 最近の刑事立法をめぐり方法論的諸問題[J], ジュリスト, 2008, 1369:54.

⑤ 梁根林, 刑法修正: 维度、策略、评价与反思[J], 法学研究, 2017(1):44-45.

⑥ 哈塞默和诺伊曼教授的评注参见: WINFRIED HASSEMER/ULFRID NEUMANN, Vorbemerkungen zu §1.Rn.341.[M]// URS KINDHÄUSER, ULFRID NEUMANN, HANS-ULLRICH PAEFFGEN(HRSG.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK): Band 1.5 Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2017:184.



(Joecks)以“机能化”、“转向(Diversion)”、“财产剥夺(Abschöpfung)”、“法人的刑事处罚(Strafbarkeit juristischer Personen)”、“国际化(Internationalisierung)”来加以评价,^①罗克辛(Roxin)以刑法的“欧洲化(Europäisierung)”、“多文化性(Interkulturelles Strafrecht)”、“前置化刑事可罚性(Vorverlagerung der Strafbarkeit)”来加以说明,^②希尔根多夫(Hilgendorf)以“灵活化(Flexibilisierung)”、“刑法的扩张(Strafrechtsausweitung)”、“前置化(Vorverlagerung)”来加以分析,^③归纳这些见解,能够发现其共同的特征在于对法益保护或刑法处罚之“前置化”趋势的重视。

在学说史上,刑法的前置化(早期化)与刑法的前阶段犯罪化(Vorfeldkriminalisierung)是同义语,该议题最早来源于1985年京特·雅各布斯(Günther Jakobs)教授在法兰克福市召开的全德刑法教师会议上发表的主题演讲《法益侵害前阶段的犯罪化》(*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*)^④,在这篇论文中Jakobs从绝对国民隐私理论出发表达了对刑法前阶段犯罪化这一预防性转变的忧虑。之后Hassemer(1992, 1994)^⑤从现代刑法的角度、Herzog(1991)^⑥与Prittwitz(1993)^⑦从风险刑法

① 乔克斯教授的评注参见:WOLFGANG JOECKS. Einleitung. Rn.117-125.[M]// WOLFGANG JOECKS, KLAUS MIEBACH. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1: §§ 1-37.3 Auflage. München: C.H.Beck, 2017: 37-40.

② CLAUD ROXIN. Strafrecht Allgemeiner—Teil Band I:Grundlagen,Der Aufbau der Verbrechenlehre [M].4 Auflage.München:C.H.Beck, 2006:(§ 4 Rn.45, 51)127, 131.

③ ERIC HILGENDORF. 형법의 세계화와 전문화 [M]. 이상돈, 홍승희, 역. 서울: 박영사, 2010:54-56.(埃里克·希尔根多夫.刑法的全球化与专业化[M].李相墩,洪承希,译.首尔:博英社,2010:54-56.)

④ GÜNTHER JAKOBS. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung[J].Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1985, 97(4).

⑤ WINFRIED HASSEMER.Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts[J].Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 1992(10); Winfried Hassemer.Produktverantwortung im modernen Strafrecht[M], Heidelberg:C.F.Müller, 1994.

⑥ FELIX HERZOG. Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge:-Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich [M].Heidelberg:R.v.Decker, 1991.

⑦ CORNELIUS PRITTWITZ. Strafrecht und Risiko:Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft [M].Frankfurt am Main:Vittorio Klostermann, 1993.



的角度、Seelmann (1992)^① 从象征刑法的角度分别对刑法的前阶段犯罪化进行了严厉的批判。在学说史上除了对刑法前阶段犯罪化趋势的正当性展开批判之外,还展开了对该趋势的合法化论证。Schroeder (1985)^② 从侧防刑法理论出发肯定了作为侧防规范保护的刑法保护前置化、Stratenwerth (1993)^③ 从未来刑法理论出发主张面向未来保障的刑法保护前置化、Hirsch (1995)^④ 从古典刑法理论出发主张通过灵活解释的刑法保护前置化,Hassemer (1994, 2000)^⑤ 从核心刑法理论出发主张作为干涉法的保护前置化, Jakobs (2004, 2006)^⑥ 从敌人刑法理论出发主张作为危险源消除的刑法保护前置化, Sieber (2009)^⑦ 从安全刑法理论出发主张确保国民安全的刑法保护前置化。

德国学说史上早期谈论刑法保护前置化趋势大多侧重于抽象价值讨论,而晚近则强调对刑法保护前置化趋势本身的具体考察。Arndt Sinn 和 Walter Gropp (2011)^⑧ 在其领导的跨国研究项目中系统地讨论了行为刑

① KURT SEELMANN. Risikostrafrecht: Die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht [J]. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 1992(4).

② FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER. Die Straftaten gegen das Strafrecht[M]. Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1985.

③ GÜNTHER STRATENWERTH. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?[J]. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1993, 105(4).

④ HANS JOACHIM HIRSCH. Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?[C]// HANS-HEINER KÜHNE, KOICHI MIYAZAWA(HRSG.). Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich. Köln: Carl Heymanns 1995.

⑤ WINFRIED HASSEMER. Produktverantwortung im modernen Strafrecht[M]. Heidelberg: C.F. Müller, 1994; WINFRIED HASSEMER. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre[C] // Andrew von Hirsch (Hrsg.). Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos, 2000.

⑥ GÜNTHER JAKOBS. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht.[J]. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), 2004(3); GÜNTHER JAKOBS. Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck [M]. Paderborn/München/ Wien/Zürich: Ferdinand Schöningh, 2004; GÜNTHER JAKOBS. Terroristen als Personen im Recht?[J]. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 2006, 117(4).

⑦ [德] 乌尔里希·齐白 (Ulrich Sieber). 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 [M]. 周遵友, 江溯, 等, 译. 北京: 中国法制出版社, 2012.

⑧ ARNDT SINN/WALTER GROPP/FERENC NAGY(Hrsg.). Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts[C]. Göttingen: Universitätsverlag Osnabrück, 2011.



法前置化的概念、技术与边界，夯实了刑法保护前置化议题的基本范畴。Hanna Sammüller-Gradl (2015)^① 从环境犯罪法益前置化的角度深入分析了作为德国环境刑法效率障碍的归责问题，丰富了环境刑法保护前置化的正当化论证路径。Sugil An (2016)^② 则主张环境刑法的前阶段犯罪化根源于生态学的危机、现代性的辩证和责任结构的变化，表现为刑法的机能化、法益概念的稀释化与典型危险的犯罪化。

在日韩，高桥则夫(2003)^③ 主张着眼于刑法规范意识的形成机能而承认处罚的早期化，井田良(2007)^④ 把处罚阶段早期化的原因归纳为刑事立法的活性化、刑罚机能的多元化、社会构造的变形化，金尚均(2011)^⑤ 将早期化立法的根据概括为危险的事前防患、避免回复困难的实害阻止、预防未来侵害的法益保全，金载润(2013)^⑥ 主张作为风险刑法前置工具的抽象危险犯和预备罪通过具体解释技术能够停留在法治国刑法的框架内。

在我国，伴随着晚近对风险刑法的讨论，少数学者也开始涉及刑法保护前置化的问题。姚贝和王拓(2012)^⑦ 认为刑法的前置化处罚包括单纯行为犯、蓄积犯、预备犯和违反特定禁令的不作为犯，王永茜(2013)^⑧ 把法益保护的提前化和刑事处罚的前置化视为现代刑法扩张的新手段，主张刑法保护前置化的根据是现代社会中的新型风险，而刑法处罚前置化的根据是抽

① HANNA SAMMÜLLER-GRADL. Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht: Untersuchung im Hinblick auf das Rechtsgut der Umweldelikte[M]. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

② SUGIL AN. Vorfeldkriminalisierung in der Risikogesellschaft[M]. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2016.

③ 高橋則夫. 刑法的保護の早期化と刑法の限界[J]. 法律時報, 2003, 75(2).

④ 井田良. 変革の時代における理論刑法学[M]. 東京: 慶應義塾大学出版会, 2007.

⑤ 金尚均. 処罰段階の早期化再考[M]// 浅田和茂(ほか), 編. 人権の刑事法学: 村井敏邦先生古稀記念論文集. 東京: 日本評論社, 2011.

⑥ 김재윤. 형법을 통한 안전보장의 가능 성과 한계에 관한 고찰[J]. 비교형사법연구, 2013(25). (金载润. 在风险社会中通过刑法操纵风险的可能性和界限——以风险刑法和敌人刑法为中心[J]. 韩国: 建国法学, 2013(25).)

⑦ 姚贝, 王拓. 法益保护前置化问题研究[J]. 中国刑事法杂志, 2012(1).

⑧ 王永茜. 论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化[J]. 法学杂志, 2013(6).



象危险与实害结果的客观关联性。刘艳红(2015)^①与黄旭巍(2016)^②围绕环境犯罪刑法治理早期化是否违反谦抑性原则展开激烈的争论。

国内外学者的研究虽然极大丰富了刑法保护前置化趋势的理论认知,但是总体来说还存在以下不足:一是在研究内容上过多侧重于对刑法保护前置化趋势的正当性讨论,而缺少对刑法前置化类型的规范适用分析,难以为实务提供可资利用的理论支持。二是在研究方法上单一侧重于对刑法保护前置化趋势的抽象价值分析,而缺乏对刑法保护前置化趋势的实际效果检讨,在刑法保护前置化趋势的实证经验研究上有待加强。三是在研究结论上批判有余而建设不足,在如何化解刑法保护前置化的弊病并提供问题解决方案上明显薄弱。

第二节 研究的内容与范围

从来刑法由于其采用所有法律中最严厉的制裁手段而被视为最后手段,所以刑法的发动必须以其他手段无法实施有效控制为限。也即刑法的守备范围应该给予人的生命、身体及财产等人的生活利益以最大限度的尊重,在人类生活的最低限度条件和与此相关的诸领域上不能轻易适用刑法。^③但是最近的刑事立法通过前阶段犯罪而持续扩张其守备范围。法益保护早期化也即以“危险”进行处罚究竟意味着什么?这种处罚的根据应当在何处寻找?进而在现代社会中刑法具有何种问题解决能力及犯罪预防能力?由此,本书主要研究以下问题:

1. 研究刑法保护前置化的基础理论。首先,分析刑法前置化现象的表现形式。通过检讨现行环境刑事立法的变化,辨析环境犯罪的保护法益和行为类型,指出法益保护的前置化和刑罚处罚的前置化是刑法保护前置化

① 刘艳红. 环境犯罪刑事治理早期化之反对[J]. 政治与法律, 2015(7).

② 黄旭巍. 污染环境罪法益保护早期化之展开——兼与刘艳红教授商榷[J]. 法学, 2016(7).

③ 金尚均. 危险社会と刑法: 现代社会における刑法の機能と限界成文堂[M]. 東京: 成文堂, 2001:3.



的两种表现形式。其次，分析刑法前置化现象的产生背景。指出社会风险的大量增加、社会不安的广泛蔓延、社会统合的严重弱化是刑法保护前置化的三大现实动因，而机能主义的刑法观、积极预防的刑罚观、结果导向的刑事政策观是刑法保护前置化的三大理论支柱。

2. 研究刑法保护前置化的正当根据。首先，考察刑法保护前置化现象的正当性讨论。通过评述 Hassemer 教授的现代刑法批判、Herzog 与 Prittwitz 教授的风险刑法批判、Seelmann 教授的象征刑法批判以及我国学者关于刑法保护前置化的讨论，从法益论、预防论与归责论三个角度分别阐述刑法保护前置化的优点与局限性。其次，考察刑法保护前置化现象的合法化尝试。通过回顾学说史上有关刑法保护前置化问题的合法化尝试，细致讨论诸种合法化解释路径的妥当性，提出关于刑法保护前置化的基本立场。

3. 研究作为刑法保护前置化工具的抽象危险犯。可罚性提前到法益侵害或者具体危殆化以前的抽象危险犯，把重点置于侵害的未然防止与事前预防，在侵害以前阶段就谋求有效的预防，具有使传统刑法的要塞崩溃的问题点。^①即使在刑事立法领域根据社会的风险管理和风险分配的想法而创造刑罚法规的倾向不可避免，但在解释论上仍然不能轻易地以作为行为控制指针的风险概念来取代作为适正刑罚指导原理的危险诸概念。应尽可能地从危险判断的领域排除风险预防或风险管理的考虑，而从犯罪事后处理的角度出发进行危险判断的精密化。作为刑法保护前置化工具的抽象危险犯或预备犯，都必须通过刑法教义理论所衍生出的法益侵害及其危险的检验。也即法益的危险与危险性的概念是适正刑罚的最低限度的指导原理。虽然在法条的范围内必须尊重立法者的风险评价，但是维持“法益危险与危险性”，并在解释论上追求“危险判断的精密化”，是为不偏向行为控制的侧面所必不可少的。

4. 研究作为刑法保护前置化工具的普遍法益概念。一般而言刑法根据

^① 对此的详尽分析参见：김재윤, 현대형법의 위기와 과제 [M], 광주광역시: 전남대학교출판부, 2010:16-18. (金载润, 现代刑法的危机和课题 [M], 韩国光州: 全南大学出版社, 2010:16-18.)



最后手段原则而保护生命、身体、名誉、国家机能等国民基本权保障的核心领域,但是由于现代社会的科技发展与经济发展所带来的犯罪结构形态的变化,法益概念已经发生了被保护法益与保护法益之法益的分离,而出现了想要预先介入国家权力的“保护法益的前置化”现象,不是个人法益的国家法益社会法益也即环境、租税、经济领域的利益也作为刑法法益进行保护。保护法益的前置化和法益概念的扩大化,会导致构成要件上不确定概念的增加,作为刑罚预防效果前提的国民预见可能性遭致毁损。也即,保护法益的前置化必然导致在构成要件上以不确定概念形成义务规定的现象增加,而不确定概念的增大导致裁判过程中以具体事案为前提的司法追加解释成为必须,由此发生立法权力向司法权力的不正常迁移,而使作为接受规范的国民规范理解力低下。

第三节 研究的进路与方法

虽然现代社会在一定意义上可以说是风险社会^①,而刑法保护前置化又是现代社会的基本样态,但是本书并不打算采用转借风险社会的理论而由风险和危险的关联性出发来论证刑法前置化的正当性这一通常进路,而是想要直接由刑法的教义学理论出发,首先通过考察刑法保护前置化的实相,阐明刑法保护前置化这一概念的所指;既而分析刑法保护前置化的存在问题,探讨刑法保护前置化的正当根据;然后针对刑法保护前置化的两种手

^① 自1970年之后,风险的概念逐渐成为世界各国刑事制度的运作重点,不论是刑事政策的目标设定、制度策略,还是相关的理论论述和实务展开都转而强调风险预防与安全管理,而把统计与保险精算技术作为衡量风险的工具,由此导致矫治、惩罚个别犯罪者不再是刑事司法制度的重心。例如 Jonathon Simon 教授主张,当代社会已从强调犯罪者改造的“规训社会(disciplinary society)”,逐渐转变成犯罪与被害风险之控制的风险社会。(See JONATHAN SIMON. The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law, and the State[J]. Socialist Review, 1987: 61-89.) O'Malley 教授认为,如果说象征监视规训的圆形监狱(panopticon)乃是规训社会的象征,那么以增加高速行驶阻碍之道路减速带(speed hump)便成为风险社会的象征。(See O'MALLEY. RISK, Power and Crime Prevention[M] // G. Hughes et. al. (eds). Criminological Perspectives: Essential Readings. London: Sage, 2003: 449-465.)



段，推演刑法保护前置化的前置界限。

从这一基本思路入手，本书拟在第二章中现实考察德、日、中三国刑事立法及刑法理论的发展趋势，由此反映出刑法保护前置化的实证基础和形式特征。在第三章中阐明刑法保护前置化的概念、原因、表现等基本理论问题，界定厘清本文分析的理论框架和概念工具。在第四章中从法益论、罪责论以及预防论角度分析刑法保护前置化的存在问题，由此引申出刑法保护前置化的限制必要性。在第五章中通过对理论上各种刑法前置化根据的考察，推导出本书所主张的法益机能与类型样态的两重限制根据。在第六、第七章中进一步探讨刑法保护前置化的正当化路径，提出对法益保护前置和刑法处罚前置进行限缩解释的基本构想。



第二章 刑法保护前置化的现实考察

自 20 世纪后期开始,由于传统犯罪浪潮带来的犯罪风险和后期工业社会产生的新型风险的相互交织,引发了一般国民对安全价值的强烈要求,惩罚主义刑事政策和机能主义刑法理论应运而生。各国刑法中出现了将保护范围由生命身体等个人法益侵害提前到体系机能等普遍法益侵害、将保护程度由侵害犯或结果犯犯罪类型提前到危险犯或预备犯犯罪类型的前置化立法。这种刑法保护的前置化或提前化趋势具有何种特征,围绕其在刑法理论上产生出何种讨论,本章就此展开研究。^①

第一节 德国刑法的保护前置化趋势

19 世纪以后的德国刑法追求以理性市民社会为前提而指向个人法益保护的自由主义刑法模式,在刑事政策上把与时代状况相适应的“自由化(Liberalisierung)”和“废止(Abschaffung)”作为其特征,其代表例示诸如堕胎刑罚规定(《德国刑法典》第 218 条以下)的废止或缓和、同性恋刑罚

^① 虽然刑法保护前置化是各国刑法发展的趋势,但是在不同国家之间进行比较是相当困难的。这是因为,德国刑法不处罚杀人预备和抢劫预备等预备行为,而否定把重罪的教唆未遂、帮助未遂视为可罚的实行从属性原则,重罪的共谋仅仅与未遂同样处罚(《德国刑法》第 30 条),犯罪不告知罪这一真正不作为犯被相当广泛的处罚。而且,德国并不像日本那样广泛地对行政违反科处刑罚,而是把其归委于“秩序违反法”,刑法仅仅作为刑事刑法而纯粹化,在这种被纯粹化的刑事刑法中有必要注意处罚早期化的问题。在德国学说中,诸如主张伪造货币预备不应当作为处罚对象,把伪造文书预备罪与文书行使罪一起作为既遂处罚是不当的这种前置立法批判论是相当有力的。但是这种被纯粹化的刑法形象,在没有秩序违反法的日本是无法被采纳的。