

!!! 基于“中华人民

阎 二 鹏

预备犯无论是在结果无价值还是在行为无价值的视阈下&其处罚的正当性都面临挑战。预备犯则因其行为的定型性及对重大法益的抽象危险获得了处罚的正当性。预备行为实行化并非“中华人民共和国刑法修正案(九)”所独有&但是其存在将形式预备行为及欠缺法益侵害行为实行化的(非理性)扩张因素。基于目的论解释的立场&在法教义学上应通过行为类法益侵害类型等路径对预备行为实行化的相关犯罪作限缩解释。

预备行为实行化 形式预备犯 实质预备犯 法教义学

0/j.cnki.issn1672-0393.2016.05.007

的《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案(九)》]自“#%年##月#日起修正案改动之大为历次之最,与“削减死刑罪名”、“修改完善贪污、贿赂犯罪的刑事责任幼女罪”等修订赢得普遍称赞不同,通过“预备行为实行化”、“帮助行为正犯化”等手段实现法益保护的前置化目的则受到法学界诟病,引发论争。“预备行为实行化”、“帮助行为正现象亦可能对传统刑法教义学中的某些认识造成冲击,笔者拟针对“预备行为实行化”这一刑法原理入手对其进行评析。

### 刑法学视角下预备犯处罚根据正当性的拷问

“无犯罪”的命题已为当代刑法学者所接受,“行为刑法”作为刑法学的本体亦成为一种共识。国家“构成要件该当、违法、有责”的三阶层体系,还是我国传统的“四要件犯罪构成体系”,“类型性的符合构成要件之行为”被视为刑罚正当性的逻辑起点,刑法以处罚“实行行为”足够的法理根据而被接受。但是,基于有效保护重大法益的刑事政策需求,当代各国刑法典在法益保护前置化的立法规定,特别是针对尚未着手实行犯罪的预备行为进行处罚已成常态。

刑事政策必要性的考量将刑事处罚前置到犯罪预备的规定固然可以适度解决司法实践中的有效保护问题,但是无法消弭刑事法理上对预备犯处罚根据正当性的论争。预备行为自始即受到学术界的质疑。持客观主义刑法观的学者将具备刑事可罚性行为的正当化根据归结为“抽象的危险”“结果无价值”等。不法内涵之核心:“行为是否违法,只能以刑法学的一般人即法官的立场加以判断”,而罪刑法定的要求,自然将现实引起法益侵害结果或者法益侵害危险作为犯罪成立的要件。由此观之,“犯罪事实的预备行为不可能直接引起损害结果”。

法学院教授、博士生导师、北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员

国家社会科学基金资助项目(##=<N' \$#)

与无价值。《中国法学》1""\$年第#期。

行为本身...  
内涵取决于...  
看虽然可以对处罚预备...  
现主义刑法观视野下!也不可能...  
意思必须外化为刑法所禁止的行为样态时...  
部可以作为入罪的根据#"\$更何况晚近以来!一元的...  
直论的学者亦开始赞同\$法益侵害化和去道德化"的学术动向已然...  
德国占据支配地位的\$二元行为无价值论"抑或是日本刑法学界所推崇的\$...  
益侵害结果或危险视为不法判断之核心内容#因此!对犯罪预备行为进行刑事处罚无论是...  
益侵害说"还是主观主义\$规范违反说"的视阈下均面临刑事法理上的正当性危机#  
刑法关于预备犯之处罚规定!不仅在刑法分则中针对某些特别重大法益的犯罪预备行为作...  
刑法总则中一般性地赋予犯罪预备行为刑事可罚性!因而与其他成文法国家的立法规定形...  
面对此种立法规定!不少学者采用所谓\$修正的犯罪构成理论"对其进行阐释&修正的犯罪构...  
预备%与基本的犯罪构成在具体要件的内容上不同的构成形式!犯罪预备%犯罪未遂等虽不...  
犯罪构成的全部要件!但是具备法律规定与要求的各自犯罪构成的全部要件#修正的犯...  
存在\$导致犯罪构成与犯罪形态关系的混淆"%(\$贬损犯罪构成作为具体个罪唯一判断规...  
)等诸多弊端而备受学术界诟病#笔者认为!修正的犯罪构成理论至多只是回应了对犯罪...  
刑事处罚的形式合法性问题!而对其实质合法性问题并未触及#另外!\$因为有立法的规定!...  
更具有正当性"的观念不仅无助于解决预备犯处罚的界限问题!而且会导致司法裁量极度扩...  
之刑事处罚面临上述法理上的正当性危机!但是面对风险社会的现实!刑法不得不更多地...  
预防功能加以回应!以'实行行为的开始(作为可罚行为的起点!是一种从拿破仑刑法典...  
国家刑法典所采用的立法模式" +的观念亦不得不进行调整!将刑事处罚的触角延伸至犯...  
上述衡平的结果#不过!正是出于对\$处罚犯罪预备行为可能面临正当性危机"的担忧!...  
系国家仅仅在刑法分则中对某些针对重大法益的少量犯罪设置犯罪预备之处罚规定!从而...  
行行为为原则!以处罚预备行为为例外"的立法安排#不仅如此!通过在刑法教义学中区分...  
\$实质预备犯"!进而肯定实质预备犯之可罚性%全面否定形式预备犯之可罚性在很大程度...  
虑&一般认为!形式的预备犯是针对某种特定犯罪的预备行为!其处罚通常附属于该罪既...  
!因此!亦被称为从属预备罪!典型的规定如日本刑法中的杀人预备罪!将为实施杀人罪的

法理论探索!法律出版社#(%)年版!第&#&页#  
客观之间\*\*\*主观理论与客观归责!法律出版社!(")年版!第)页#  
罪原则的困境与突围!+中国法学!"###年第)期#  
考察行为的性质!这种与结果做切割的做法极易将所谓\$规范违...  
意图实施举动的规范"解读!进而退化到\$凡看见妇女就动淫念的!这人...  
参见/日松宫孝明&\$结果无价值论"与\$行为无价值论"的意义对比!张...  
德国...与行为无价值的流变%现状与趋势!+中外法学!"###年第)期#  
编&中国...国人民公安大学出版社#( 年版!第\$ 页!王志祥%曾粤兴&修正的犯罪构...  
期#  
刑法学!法律出版社#( 年版!第!)页#  
三的犯罪构...之否定!+法商研究!"###年第\*期#  
里)帕多...利刑法学原理!陈中译!中国人民大学出版社!"( 年...&页#

内容上适合... 能严重危害国家的... 作品。很明显,“实质预备... 预备犯中的预备行为则欠缺“类型... 判为独立的实行行为并不能当然确证其实质... 论”、#“抽象危险犯理论”\$等法理言说,意在阐明立... 现对重大法益的抽象危险”的预备行为才具有正当性,否则,“就可... 掩护下,堂而皇之的、不当的前置和扩大预备行为的刑罚处罚范围”。% 台湾地区学者黄荣坚所言:“形式预备犯の場合,不管预备行为所可能侵害的法益有多么重 法确认一个人是否果真存在不法意志的情况下,就以刑罚相应,恐怕是对人毫无节制的工 缺正当性;而对于实质预备犯,“因行为本身已经制造无可控制的危险,特别是针对不确定 金的情况,作为预备行为的犯罪形态有规定其为犯罪的正当性”。’总之,实质预备犯通过立 之构成要件获得了“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”,而形 借由立法规定获得“形式合法性”的外衣,但是因其无法借由“类型性的行为”划定清晰的处 连起码的抽象危险都不具备的行为纳入刑罚处罚范畴,故其刑事可罚的正当性自应被否 法论上主张全面废除形式预备犯的规定而代之以实质预备犯的立法模式在大陆法系国家 世界逐渐成为共识。

### 实质预备犯到形式预备犯:《刑法修正案(九)》的非理性扩张

实行化之立法现象并非《刑法修正案(九)》所独有,在以“犯罪圈扩大化”(为立法重心的历 中,通过将预备行为实行化的手段将法益保护前置化是立法者的惯常做法。纵观《刑法修正 刑法修改(包括#(‘年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)在内)就预备行为实行化 下特点:

实质预备犯的模式实现预备行为实行化之目的。在《刑法修正案(九)》之前的#(‘年《刑法》 刑法修正案中,在刑法分则的条文中均不见形式预备犯之规定,立法者拟制为实行行为的 一例外地均具备“类型化、定型化”之特征。典型的规定如《中华人民共和国刑法修正案 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”中故意窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料的 司法解释的解释,该罪的入罪标准是从“足以伪造可进行交易的信用卡”和“足以使他人以

元照出版有限公司!”)年版,第88页。  
在预备行为的危险递增到一定量的时候,才具有可罚性,国 社#()年版,第88页。  
[德]乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社 译,中国法制出版社!”#年版,第!”)页。  
限制未遂犯刑事可罚性之范围而产生的空隙,而在作为上游的紧迫性逼近的 “[德]... 家危险犯的基础和边界”,蔡桂生译,载赵秉志主编:《刑法论丛》!”)年第! 期。  
备犯普遍... 困境与突围》,《中国法学》!”#年第!期。  
基础刑法学》,元照出版有限公司!”\$年版,第%\$页。  
基础刑法学》,台湾元照出版有限公司!”\$年版,第%\$页。  
是历次刑... 案的重点,而“犯罪圈的扩大化”引发的的问题也历来是学术界争论

信用卡的...  
造信用卡或使用信用卡...  
罪还是信用卡诈骗罪,其...  
也诸如“伪造、变造、转让金融机构...  
信用卡管理罪”[《中华人民共和国刑法修正...  
国刑法修正案(七)》]等确立的可罚“预备行为”亦呈...  
行为拟制为实行行为的,已在行为类型上进行了筛选,而非泛泛地...  
行为,从而有效限缩了预备犯的处罚范围。这可以说是一种相当理性的立法选...  
备犯针对的是侵犯重大法益的犯罪。犯罪预备行为本身对法益侵犯的“间接性”决定了立法...  
规定预备行为入罪的范围,必须是针对重大法益才有其正当性。《刑法修正案(九)》之前...  
程度地呈现出这样的特点:(#)基于“国家安全法益”的考量,##(‘年《刑法》在“危害国家安...  
定的诸多犯罪构成要件行为均包含“预备行为”在内,如“背叛国家罪”中的构成要件行为是...  
境外机构、组织、个人相勾结,危害中华人民共和国的主权、领土完整与安全”,作为其核心...  
按照学术界的一般理解,可体现为“联系”、“密谋”、“策划”等行为方式, #立法者显然是将...  
”的上述行为拟制为独立的实行行为进行规定,与此类似的还有“分裂国家罪”、“武装叛乱、...  
国家政权罪”等犯罪中的“组织、策划”行为。(!)基于“公共安全法益”的考量,##(‘年《刑...  
法修正案亦作了类似的规定,如“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪”、...  
、弹药、爆炸物、危险物质罪”、“非法持有、私藏枪支、弹药罪”等犯罪中的行为都可能是其...  
罪行为的预备行为。( & )基于防止“经济安全、社会安全”等公共法益侵害的进一步恶化的考...  
的起点前置到预备行为,如“妨害信用卡管理罪”是信用卡诈骗罪的预备行为、“组织、领导、...  
组织罪”是其后具体实施的黑社会犯罪的预备行为、“非法获取计算机信息系统数据、非法...  
系统罪”是侵犯各种国家事务秘密、国防秘密和尖端科学技术秘密的犯罪预备行为等。\$  
定辅以司法解释扩大预备犯之处罚范围。刑事司法解释在我国司法实践中向来扮演“准立...  
刑事司法解释将刑事处罚之起点提前到预备行为的做法亦不鲜见。典型的做法如,针对...  
产品罪,按照相关的司法解释,伪劣产品尚未销售但货值销售金额达到##(‘年《刑法》第...  
售金额 & 倍以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚。% 换言之,仅生产或者仅购...  
为亦被作为生产、销售伪劣产品罪的实行行为对待。很明显,司法解释是将原本属于生...  
品罪预备行为的“生产、购买伪劣产品”行为拟制为实行行为。与之类似,“为了出卖而购买...  
人定为贩卖毒品罪(未遂)、“购买不符合标准的医用器材”的行为被认定为销售不符合标准...  
行为人为人制造货币版样”的行为被认定为伪造货币罪, & 均是通过司法解释将原

① 最高人民法院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条之规定:“窃取、收买、非法提供信用卡信息,有下列情形之一的,属于刑法第一百七十七条之一规定的‘窃取、收买、非法提供他人信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,使他人以信用卡持卡人名义进行交易,涉及信用卡#张以上’: (一)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (二)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (三)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (四)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上。”

② 最高人民法院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条之规定:“窃取、收买、非法提供信用卡信息,有下列情形之一的,属于刑法第一百七十七条之一规定的‘窃取、收买、非法提供他人信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,使他人以信用卡持卡人名义进行交易,涉及信用卡#张以上’: (一)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (二)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (三)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (四)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上。”

③ 最高人民法院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条之规定:“窃取、收买、非法提供信用卡信息,有下列情形之一的,属于刑法第一百七十七条之一规定的‘窃取、收买、非法提供他人信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,使他人以信用卡持卡人名义进行交易,涉及信用卡#张以上’: (一)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (二)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (三)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (四)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上。”

④ 最高人民法院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条之规定:“窃取、收买、非法提供信用卡信息,有下列情形之一的,属于刑法第一百七十七条之一规定的‘窃取、收买、非法提供他人信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,使他人以信用卡持卡人名义进行交易,涉及信用卡#张以上’: (一)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (二)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (三)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (四)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上。”

⑤ 最高人民法院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条之规定:“窃取、收买、非法提供信用卡信息,有下列情形之一的,属于刑法第一百七十七条之一规定的‘窃取、收买、非法提供他人信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,使他人以信用卡持卡人名义进行交易,涉及信用卡#张以上’: (一)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (二)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (三)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上; (四)窃取、收买、非法提供信用卡信息资料,足以伪造他人信用卡或者其他支付结算凭证,涉及信用卡#张以上。”

分

全

具备,此

法定原则的背离

法修正案(九)》之前的立

句话,那么《刑法修正案(九)》中的

之二确立的“准备实施恐怖活动罪”采用列举

了规定,其中,所列举的行为类型“为实施恐怖活动准备

或者积极参加恐怖活动培训”、“为实施恐怖活动与境外恐怖组织或

列”,对应于#(《年《刑法》第!!条关于犯罪预备“准备工具、制造条件”的规定

动进行其他准备”,则是“准备工具、制造条件”的同义语反复,亦即将其他“准备工具、制

为囊括在内。!如前文所述,在以往的刑事立法中关于“预备行为实行化”的规定均是采用

模式,即立法者在某种犯罪的所有预备行为中筛选出特定的行为类型进行处罚,而使这类预

类型性、定型性”的要求。《刑法修正案(九)》确立的“准备实施恐怖活动罪”虽然列举了\*种

的预备行为,在一定程度上满足了“类型性、定型性”的要求,但是由于兜底条款“为实施活动

的出现,又意味着立法者放弃了以往刑事立法中通过实质预备犯的形式实现预备行为实行

从而退回到#(《年《刑法》第!!条确立的形式预备犯的“老路”上,该罪名的设置也使得

《》成为我国刑事立法沿革中第一次在刑法分则条款中设置形式预备犯的立法规定。这样

会连带产生诸如“既然刑法总则已经一般性的赋予形式预备犯之可罚性,那么,在分则条文

的意义何在?这样的立法规定是否意味着其他犯罪的形式预备犯之可罚性被否定?”等

结合《刑法修正案(九)》针对“恐怖主义、极端主义犯罪现象”所密集增加的罪名看,此一规

可能是“考虑到恐怖主义犯罪侵害的是社会公共安全等重大法益,需要刑法提前介入”,#基

中的刑事政策需求而令刑法提前介入虽然有其合理性,但是通过形式预备犯的方式介入则

欠缺罪刑法定原则所要求的“类型性、定型性”,无法厘清应罚行为之处罚边界,而立法者

进行限定的方式实现预备行为的“类型性、定型性”要求是否就意味着其具备“实质正当

修正案(九)》第!)’条之一规定的“非法利用信息网络罪”的罪状表述为&种情形:“设立用

受犯罪方法、制作或者销售违禁品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的”,“发布

售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的”,“为实施诈骗等

布信息的”。“设立网站或者通讯群组、发布信息”构成该罪客观行为的核心要素,此类行

后续犯罪的预备行为,通过本条款之设置达到了“网络预备行为”实行化之目的,并且从形

亦符合实质预备犯督03505 0 0 芍-7.70 /F3 1 Tf 0 艘酏r 9.70 实施

中进行重复表述的意义何在置

### 预备犯之后《刑法

被认为, #(( 年《刑法》第!! 条虽

预备犯的情形是极为罕见的, 并且只有严重

识或许有必要进一步澄清之必要; 有学者基于实证调研方

决进行统计、分析后发现, 虽然适用刑法总则之规定处罚犯罪预备

se, 但是其涉及的犯罪类型遍布刑法分则第二章“危害公共安全罪”到第七章

些罪名所涉及之法益类型众多, 最高法定刑相差悬殊, 从抢劫罪到寻衅滋事罪, 甚至最高法  
的倒卖有价票证罪, 均可看到可罚的预备犯的身影, 刑事裁决的标准完全无规律可循, 司法  
暴露无遗。#

面对普遍处罚犯罪预备的立法现实, 我国司法实务部门基于实践理性已经对 #(( 年《刑  
的预备犯的适用范围通过“刑事政策主导下的宽宥、但书规制下的出罪、刑事证明的罪疑  
进行了有效的限缩, 从而使预备犯的适用基本实现了“例外处罚”的态势, 但是据此认为“成  
者聪明, 而解释者又比成文刑法更聪明”%的理念对司法实践理性具有绝对指导意义似乎过  
对这样的立法现实与司法适用困境, 机械地的适用法条并非明智之举, 基于法教义学中的目  
其适用范围从而减少实证法对刑法基本原则之伤害或许是最理想的因应之策。因此, 在实  
下, 针对《刑法修正案(九)》出现的“新问题”, 有必要通过法教义学的诠释进一步限缩其适用

### 行为类型之限缩

见之下的预备行为因欠缺实行行为“类型性、定型性”之要求, 导致预备行为内涵不清、外延  
意思表示以及日常生活中的行为相混淆, 并因此而备受诟病。此一问题既是我国刑法总则确  
行遭遇的难题, 也是德、日等国刑法典通过刑法分则确立部分形式预备犯所面临的难题。典  
国刑法典》中的“预备内乱罪”和《日本刑法典》中的“杀人预备罪”, 均将某种特定犯罪(叛乱  
预备行为作为犯罪进行规定。笔者认为, 即使立法者通过设置独立构成要件的方式使形式  
式合法性”的外衣(如预备内乱罪), 也不具备实质预备犯所要求之行为的“类型性、定型  
上必然要对其进行限缩解释。针对“形式预备行为”, 无论是德国刑法学者提出的“创设了  
行为”, 还是日本刑法学者提出的“对完成犯罪起实质作用的行为”, (其旨意最终都可归  
预备行为应类型化为“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

工委解读《刑法修正案(九)》涉网络条款》,《民主与法制时报》“##年##月# 日。

刑法学》,法律出版社!“##年版,第&A 页;陈兴良:《口授刑法学》,中国人民大学出版社!“”年版,第!)”页;王志  
《政治与法律》!“%年第! 期。

脚点》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第&卷),北京大学

学》!“##年第! 期。

律出版社!“\*年版,第#’ 页。

第!! 条之规定一般性地赋予预备犯以刑事可罚性,那么将前述立法“缺陷”

法修正...全责备,但是《中华人民共和国刑法修正案(九)》通过“准备实施恐怖活动罪”

条件的设...层面将刑事处罚之时点大大提前,又在纵向层面使原本可能不成立犯罪的行

讨之必要。

里希·齐白:《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化》,周道

页。

之一:《刑...有斐阁#(%年版,第&& 页。



以解释刑法为本体的刑法教义学渐成学理主流,与其批判刑法不如解释刑法的理念亦成无拘无束的斗玉律,我国刑法学的研究范式似乎从一味地“批判刑法”又转向“绝对的将法律条文作为基本规则”的另一个极端。不可否认,在启蒙时期的哲学思潮中,教义学以自身已经确定而无需怀疑的信条为前提,法规被作为法教义学视阈下的信条是自然之理,“在法律适用中,作为信条的法学家手里变来变去,他们必须对它们进行解释”,#法教义学思考的出发点亦被归结为“既预先给定的内容和权威为前提,而不是对该前提进行批判性检验”。\$被作如此解读的法教义学背离了原旨主义意义上的教义学主张,但是一概否认法教义学的批判功能,将使其退化为单纯的法的建构几乎没有任何推动意义。在当今大陆法系国家的刑法学界,以刑法的任务和目的单纯依赖实定法之规定来建构刑法教义学体系已成为一种共识。在德、日等国刑法学者的刑法教义学批判刑法条文进行批判的内容,可以说“将批判寓于解释之中,已成为刑法教义学的常态”,%亦赋予“兼具解释与批判的双重功能”。&因此,面对刑事立法的“缺漏”,法教义学并非无能为力,而应在遵守罪刑法定原则底线的同时,运用合目的性的解释方法使解释结论合乎正当解释功能;反之,在刑法条文的内容本身不符合正义需求,无论适用何种解释方法都难以实现法教义学亦需发挥其批判功能,为理性立法提供理论资源。

责任编辑 田国宝

① 参见《刑法学》(第五版),中国人民大学出版社,###年第1版,第%&\*页。

② 再次,法教义学在解释刑法条文的过程中,通过上述救济渠道最终得出的解释结论或许与法教义学上的“理论解释”结论存在差异,但这正是坚持法教义学立场的价值所在。

③ 参见[德]弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》,###年第#期。

④ 参见[德]弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》,###年第#期。

⑤ 参见[德]弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》,###年第#期。

⑥ 参见[德]弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》,###年第#期。