

# 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

阎 二 鹏\*

摘要:形式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重重危机,而实质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。预备行为实行化的立法模式并非《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抽象危险的预备行为实行化的“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型、犯罪形态及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。

关键词:预备行为实行化 形式预备犯 实质预备犯 法教义学

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2016.05.007

备受关注的《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案(九)》]自2015年11月1日起正式施行。此次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规定”、“废除嫖宿幼女罪”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”等手段实现构成要件的扩张、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”、“帮助行为正犯化”两种立法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”这一现象从刑法教义学原理入手对其进行评析。

## 一、法教义学视角下预备犯处罚根据正当性的拷问

“无行为即无犯罪”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。无论是大陆法系国家“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”,刑法中的行为乃“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”为原则因具有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,当代各国刑法典亦不同程度地存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为各国立法中的常态。

立法上基于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对重大法益的有效保护问题,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,对犯罪预备行为的刑事处罚规定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“法益侵害或法益侵害的危险”,“结果无价值”成为厘定不法内涵之核心:“行为是否违法,只能以该行为所造成的侵害或者威胁法益的结果为基础,从科学的一般人即法官的立场加以判断”,<sup>①</sup>而罪刑法定原则下衍生之不法构成要件的类型性、定型性要求,自然将现实引起法益侵害结果或者法益侵害危险的行为归结为构成要件行为即实行行为。由此观之,“犯罪事实的预备行为不可能直接引起损害结果,也不

\* 海南大学法学院教授、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  
基金项目:国家社会科学基金资助项目(13BFX061)

① 黎宏:《行为无价值论批判》,《中国法学》2006年第2期。

是某种具体犯罪事实的构成要件行为,因而不应当作为犯罪事实予以处罚”。<sup>①</sup>而持主观主义刑法观的学者将刑事可罚性的根据归根于“犯罪人的人身危险性”、“危险人格”等主观危险因素,犯罪行为的不法内涵亦被解读为“由行为本身所表征的对法秩序的敌对态度”,<sup>②</sup>亦即“行为无价值”是厘定不法内涵之核心;犯罪行为的不法内涵取决于“行为本身之反规范性以及通过行为表征的行为人敌对法规范之意识之恶”,<sup>③</sup>因此,从形式上看虽然可以对处罚预备犯甚至是一般性的赋予预备犯刑事可罚性提供理论根据,但是即使在最纯粹的主观主义刑法观视野下,也不可能脱离构成要件行为来对行为人的危险性格径直评价。“冲破法规范的内心意思必须外化为刑法所禁止的行为样态时,才能获得刑法的关注,并非任意一种表露危险性格的身体动作都可以作为入罪的根据。”<sup>④</sup>更何况晚近以来,一元的行为无价值论已失去学术市场,<sup>⑤</sup>即使坚持行为无价值论的学者亦开始赞同“法益侵害化和去道德化”的学术动向已然成为一种大势所趋,<sup>⑥</sup>而无论是当今在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“一元结果无价值论”,更是将法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在客观主义“法益侵害说”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。

反观我国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了规定,而且在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成显著差异。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:修正的犯罪构成是要件完整齐备、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、犯罪未遂等虽不具备完成形态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。<sup>⑦</sup>修正的犯罪构成理论因存在“导致犯罪构成与犯罪形态关系的混淆”、<sup>⑧</sup>“贬损犯罪构成作为具体个罪唯一判断规格的价值功能”<sup>⑨</sup>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预备行为赋予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,因而对其处罚便具有正当性”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张的不良后果。

虽然预备犯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,刑法不得不更多地承载风险规避的预防功能加以回应,“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开始,并为许多国家刑法典所采用的立法模式”<sup>⑩</sup>的观念亦不得不进行调整,将刑事处罚的触角延伸至犯罪预备行为正是上述衡平的结果。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,德、日等大陆法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,从而形成“以处罚实行行为为原则,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“形式预备犯”与“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上消除了上述忧虑: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遂犯的构成要件,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

① 马克昌:《刑法理论探索》,法律出版社1995年版,第313页。

② 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第8页。

③ 梁根林:《预备犯普遍处罚原则的困境与突围》,《中国法学》2011年第2期。

④ 马乐:《为刑法主观主义辩》,《环球法律评论》2014年第2期。

⑤ 持一元的行为无价值论者主张通过行为人内心的法敌对态度去考察行为的性质,这种与结果做切割的做法极易将所谓“规范违反”中的“规范”从“不得发生结果的规范”导向“不得以发生结果的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,这人心已经与她犯奸淫了”的道德与法律相混淆的尴尬境地。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》,张晓宁译,《法律科学》2012年第3期。

⑥ 参见陈璇:《德国刑法学中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势》,《中外法学》2011年第2期。

⑦ 参见肖扬主编:《中国刑法学》,中国人民公安大学出版社1997年版,第62页;王志祥、曾粤兴:《修正的犯罪构成理论之辨正》,《法商研究》2003年第1期。

⑧ 张明楷:《刑法学》,法律出版社1997年版,第248页。

⑨ 陈璇:《修正的犯罪构成理论之否定》,《法商研究》2007年第4期。

⑩ [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,中国人民大学出版社2009年版,第308页。

准备活动纳入刑法规制的范围。实质预备犯则是立法者将预备行为作为独立犯罪设定独立构成要件的犯罪,典型的规定如德国刑法中的“引导实施严重危害国家的暴力犯罪”,其行为类型包括:(1)宣扬或使他人能够获取在内容上适合于作为引导严重危害国家的暴力犯罪的作品,如果该作品的传播情况适合于促成或引起他人实施严重危害国家的暴力犯罪的准备。(2)为了实施严重危害国家的暴力犯罪,设法获得第1项规定类型的作品。很明显,“实质预备犯的预备行为已被类型化,如同一般构成要件行为(实行行为)”,<sup>①</sup>而形式预备犯中的预备行为则欠缺“类型化、定型化”之特征。当然,立法者通过将类型化、定型化的预备行为拟制为独立的实行行为并不能当然确证其实质正当性,学理上通过所谓“危险递增理论”、<sup>②</sup>“共同体法益理论”、<sup>③</sup>“抽象危险犯理论”<sup>④</sup>等法理言说,意在阐明立法者对预备犯的处罚范围必须限制在“本身已经显现对重大法益的抽象危险”的预备行为才具有正当性,否则,“就可能在实质预备犯的形式合法性的外衣掩护下,堂而皇之的、不当的前置和扩大预备行为的刑罚处罚范围”。<sup>⑤</sup>

正如我国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要,在还没有办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具化”,<sup>⑥</sup>因而欠缺正当性;而对于实质预备犯,“因行为本身已经制造无可控制的危险,特别是针对不确定范围的公共危险的情况,作为预备行为的犯罪形态有规定其为犯罪的正当性”。<sup>⑦</sup>总之,实质预备犯通过立法者设置独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”,而形式预备犯即使借由立法规定获得“形式合法性”的外衣,但是因其无法借由“类型性的行为”划定清晰的处罚边界,极易将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定。也因此,立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和地区刑法学界逐渐成为共识。

## 二、从实质预备犯到形式预备犯:《刑法修正案(九)》的非理性扩张

预备行为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”<sup>⑧</sup>为立法重心的历次刑法修正案中,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《刑法修正案(九)》之前的刑法修改(包括1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)在内)就预备行为实行化而言,呈现出如下特点:

1. 通过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1997年《刑法》及后续的8个刑法修正案中,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“预备行为”无一例外地均具备“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(五)》确立的“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行为,按照相关司法解释的解释,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

① 陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第369页。

② “所保护法益的重要性越大,刑罚向前推置的可能性也就越大……只有在预备行为的危险递增到一定量的时候,才具有可罚性,国家刑罚权的介入才是正当与必要的。”李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第138页。

③ “共同体法益概念将法益向危害行为的方向推移,从而创设了超前保护的空间。”[德]乌尔里希·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》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第208页。

④ “抽象危险犯走向这样的任务——消除因为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预备行为也能产生刑罚必要性。”[德]约克·艾斯勒:《抽象危险犯的基础和边界》,蔡桂生译,载赵秉志主编:《刑法论丛》2008年第2期。

⑤ 梁根林:《预备犯普遍处罚原则的困境与突围》,《中国法学》2011年第2期。

⑥ 黄荣坚:《基础刑法学》,台湾元照出版有限公司2006年版,第506页。

⑦ 黄荣坚:《基础刑法学》,台湾元照出版有限公司2006年版,第506页。

⑧ 增设新罪名是历次刑法修正案的重点,而“犯罪圈的扩大化”引发的问题也历来是学术界争论不休的话题。参见邢馨宇、邱兴隆:《刑法的修改:轨迹、应然与实然》,《法学研究》,2011年第2期;郭泽强:《从立法技术层面看刑法修正案》,《法学》2011年第4期;等等。

信用卡持卡人名义进行交易”两个方面进行衡量,<sup>①</sup>亦即该罪行为原本属于伪造、变造金融票证罪或信用卡诈骗罪的预备行为。虽然从司法实践看,伪造信用卡或者使用伪造的信用卡进行诈骗的犯罪活动,最关键的环节是在信用卡的磁条上写入事先非法获取的他人信用卡的磁条信息,获取持卡人的信用卡信息资料属于实施伪造信用卡或使用伪造的信用卡进行诈骗犯罪的必要手段,<sup>②</sup>但是从理论上讲,不论是伪造、变造金融票证罪还是信用卡诈骗罪,其预备行为绝非上述一种,由此说明,立法者对欲处罚的预备行为是有选择的。其他诸如“伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪”[《中华人民共和国刑法修正案(一)》]、“妨害信用卡管理罪”[《中华人民共和国刑法修正案(五)》]、“出售、非法提供公民个人信息罪”[《中华人民共和国刑法修正案(七)》]等确立的可罚“预备行为”亦呈现出上述特征,即立法者欲将某种特定犯罪的预备行为拟制为实行行为的,已在行为类型上进行了筛选,而非泛泛地处罚“准备工具、制造条件”的所有预备行为,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择。

2. 多数预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”决定了立法者通过刑法分则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)》之前的立法均不同程度地呈现出这样的特点:(1)基于“国家安全法益”的考量,1997年《刑法》在“危害国家安全罪”一章中设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“勾结外国或与境外机构、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”,作为其核心要素的“勾结”,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,<sup>③</sup>立法者显然是将具有“预备性质”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、暴乱罪”、“颠覆国家政权罪”等犯罪中的“组织、策划”行为。(2)基于“公共安全法益”的考量,1997年《刑法》及后续的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”、“盗窃、抢夺枪支、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后续实施的犯罪行为的预备行为。(3)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量,将刑事处罚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、参加黑社会性质组织罪”是其后续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、非法控制计算机信息系统罪”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。<sup>④</sup>

3. 立法规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“准立法”的角色,通过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,针对生产、销售伪劣产品罪,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1997年《刑法》第140条规定的销售金额3倍以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚。<sup>⑤</sup>换言之,仅生产或者仅购买伪劣产品的行为亦被作为生产、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产、销售伪劣产品罪预备行为的“生产、购买伪劣产品”行为拟制为实行行为。与之类似,“为了出卖而购买毒品”的行为被认定为贩卖毒品罪(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的医用器材罪、“行为人制造货币版样”的行为被认定为伪造货币罪,<sup>⑥</sup>均是通过司法解释将原本属于特定

① 参见最高人民法院、最高人民检察院《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3条之规定:“窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料,足以伪造可进行交易的信用卡,或者足以使他人以信用卡持卡人名义进行交易,涉及信用卡1张以上不满5张的,依照刑法第177条之一第2款的规定,以窃取、收买、非法提供信用卡信息罪定罪处罚。”

② 《中华人民共和国刑法修正案(五)》通过“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”与“妨害信用卡管理罪”结合1997年《中华人民共和国刑法》中原有的信用卡类犯罪,把信用卡犯罪的犯罪链的每个环节都纳入规制对象,从而构建起完整的信用卡犯罪体系。参见林荫茂:《从信用卡犯罪看身份信息犯罪》,《政治与法律》2008年第9期。

③ 参加刘作俊:《论背叛国家罪及其认定》,《广西政法管理干部学院学报》2002年第4期。

④ 参见于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,《中国社会科学》2010年第3期。

⑤ 参见最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条之规定。

⑥ 参见最高人民法院《关于执行〈全国人大常委会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》第2条,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条,最高人民法院、最高人民检察院《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第1条之规定。

犯罪的预备行为直接实行行为化的典型表现。如果说立法者将预备行为拟制为实行行为从而实现预备行为为实行化的路径尚需进行“实质正当性”检验的话,那么通过司法解释将预备行为实行化则连最起码的“形式合法性”都不具备,此种做法虽然可以在某种程度上收到从源头上遏制某种犯罪态势的效果,但是与所付出的对罪刑法定原则的背离以及司法权对立法权的僭越等代价相比是得不偿失的。

如果说《刑法修正案(九)》之前的立法条文对预备行为实行化的规定在“实质预备犯”的思维下仍具备相当理性成分的话,那么《刑法修正案(九)》中的部分条文则显现出某种“非理性”的思维:《刑法修正案(九)》第120条之二确立的“准备实施恐怖活动罪”采用列举+兜底条款的模式对为实施恐怖活动而进行的预备行为作了规定,其中,所列举的行为类型“为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或其他工具”、“组织恐怖活动培训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者人员联络”、“为实施恐怖活动进行策划”,对应于1997年《刑法》第22条关于犯罪预备“准备工具、制造条件”的规定,而兜底条款“为实施恐怖活动进行其他准备”,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、制造条件”的所有行为囊括在内。<sup>①</sup>如前文所述,在以往的刑事立法中关于“预备行为实行化”的规定均是采用实质预备犯的模式,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,而使这类预备行为符合“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4种恐怖活动犯罪的预备行为,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“为实施活动进行其他准备”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化的理性选择,从而退回到1997年《刑法》第22条确立的形式预备犯的“老路”上,该罪名的设置也使得《刑法修正案(九)》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。这样的立法安排亦会连带产生诸如“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,在分则条文中进行重复表述的意义何在?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?”<sup>②</sup>等诸多问题。如果结合《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,此一规定的立法动因可能是“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”,<sup>③</sup>基于重大法益保护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不无疑问。

形式预备犯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,而立法者通过将预备行为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“实质正当性”呢?《刑法修正案(九)》第287条之一规定的“非法利用信息网络罪”的罪状表述为3种情形:“设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、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”,“发布有关制作或者销售毒品、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”,“为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的”。“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,此类行为原本只是实施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,并且从形式上看此种规定亦符合实质预备犯对行为的“类型性、定型性”之要求。但有疑问的是,如前文所述,实质预备犯之设立除需具备行为“类型性、定型性”之形式要求外,还需满足实质正当性的要求,即拟实行化的预备行为必须本身已经显现出对重大法益的抽象危险。依此观之,“设立网站、发布网络信息”的行为本身作为在当今网络时代人们生活中最普遍、常见的日常行为,完全符合社会规范的要求,与“非法持有枪支、弹药”、“出售、非法提供公民个人信息”等实质预备行为不同,其本身并未创设法所不容许的风险,法益侵害的抽象危险难以确证,加之立法条文的文字表述将通过非法利用信息网络所欲实施的对象包含一般违法活动在内,亦使得此类行为缺乏实质预备犯所要求的“针对重大法益”的正当性内涵。从立法机关对

① 司法解释明确该罪罪名为“准备实施恐怖活动罪”比较真实地反映了立法原意。

② 赵秉志、袁彬:《中国刑法立法改革的新思维——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,《法学》2015年第10期。

③ 赵秉志、袁彬:《中国刑法立法改革的新思维——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,《法学》2015年第10期。

本条款的权威解释看,该罪的设置更多的是着眼于“利用网络实施的违法犯罪,隐蔽性强,犯罪证据收集困难,需减轻侦查机关的证明责任”<sup>①</sup>的立法初衷,或许正是基于此种功利主义的思维方式遮蔽了立法者对实质预备犯设置的正当性根据的考虑,因此造成立法上的不周延。

### 三、实质预备犯之后《刑法修正案(九)》的司法限缩

学术界一般认为,1997年《刑法》第22条虽然对形式预备犯的可罚性作了一般性的规定,但是从司法实践看,处罚预备犯的情形是极为罕见的,并且只有严重犯罪才会适用刑法总则中关于犯罪预备的规定。<sup>②</sup>这样的认识或许有进一步澄清之必要:有学者基于实证调研方法对近10年的刑事案件中涉及犯罪预备的刑事判决进行统计、分析后发现,虽然适用刑法总则之规定处罚犯罪预备的刑事案件在整个刑事案件中占比不到3%,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“妨害社会管理秩序罪”,这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,甚至最高法定刑只有7年的倒卖有价票证罪,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,司法裁量的恣意性暴露无遗。<sup>③</sup>

不可否认,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1997年《刑法》第22条规定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、刑事证明的罪疑从无”<sup>④</sup>等路径进行了有效的限缩,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“成文刑法比立法者聪明,而解释者又比成文刑法更聪明”<sup>⑤</sup>的理念对司法实践理性具有绝对指导意义似乎过于理想化。面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的论限缩解释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,在实质预备犯思维下,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范围。<sup>⑥</sup>

#### (一) 基于行为类型之限缩

形式预备犯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、外延不明,极易与犯意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立形式预备犯所遭遇的难题,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。典型之规定如《德国刑法典》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(叛乱罪、杀人罪)的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预备犯获得“形式合法性”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、定型性”,因此,学理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“创设了显著的风险的行为”,<sup>⑦</sup>还是日本刑法学者提出的“对完成犯罪起实质作用的行为”,<sup>⑧</sup>其意旨最终都可归结为一点,即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

① 张晓娜:《法工委解读〈刑法修正案(九)〉涉网络条款》,《民主与法制时报》2015年11月17日。

② 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第312页;陈兴良:《口授刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第280页;王志祥:《论犯罪预备行为的处罚范围》,《政治与法律》2005年第2期。

③ 参见蔡仙:《论我国预备犯处罚范围之限制——以犯罪类型的限制为落脚点》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第34卷),北京大学出版社2014年版,第416页。

④ 梁根林:《预备犯普遍处罚原则的困境与突围》,《中国法学》2011年第2期。

⑤ [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第127页。

⑥ 如果考虑到1997年《中华人民共和国刑法》第22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”完全归咎于《中华人民共和国刑法修正案(九)》或许有些求全责备,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”与“非法利用信息网络罪”独立构成要件之设置,既在横向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为通过犯罪参与的渠道入罪,因而有检讨之必要。

⑦ [德]乌尔里希·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》,周遵友、江湖等译,中国法制出版社2012年版,第217页。

⑧ [日]平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,第339页。

高度的危险实现的可能”的行为。<sup>①</sup>因此,就《刑法修正案(九)》中的准备实施恐怖活动罪而言,对于其客观行为特别是兜底条款“为实施恐怖活动进行其他准备”的适用,亦需从两个方面进行限缩解释:(1)这一行为必须明显有别于日常的生活规范行为,如购买管制刀具、枪支、剧毒物品等,此类行为本身即被刑事抑或非刑事法律规范所禁止,因而具有明显的反规范性,结合其主观方面“为了实施恐怖活动”犯罪即可确定其可罚性。相反,对于符合一般日常生活规范的行为,即使有证据证明其主观上的不法,笔者也不认为其属于可罚的预备犯的范畴。其理由是:1)其行为根本无法限定,一旦将此类行为也纳入“疑似”预备犯的行列,必然造成司法的恣意;2)此类行为对法益侵害的急迫性及实现可能性程度都较低。(2)这一行为具有一般观念意义上的、与实行行为紧密相接的显性特征。<sup>②</sup>申言之,可罚的预备行为应临界于实行行为,在没有行为人意志以外的因素介入下,法益侵害危险凸显乃至实现具有高度的可能性。因此,对“准备实施恐怖活动罪”中列举的行为类型均需作实质判断,以“为实施恐怖活动与境外恐怖组织或者人员联络”为例,事先寻找恐怖分子的联系方式等为联络做准备的行为,因不符合上述“临界于实行行为”之特征,故不属于该罪构成要件之行为。

### (二)基于犯罪形态的限缩

对于预备行为实行化的立法现象,以往学者多关注其在法益保护前置化方面导致的处罚范围扩大问题。其实,在刑法分则独立设置“预备罪”之构成要件的前提下,由于拟制实行行为的存在,因此从逻辑上讲亦可能通过教唆、帮助等犯罪参与的渠道扩大刑罚范围。对此问题,笔者赞同有的学者的观点,由于“形式预备犯下的预备行为既无限制,亦无定型,因而无法承认‘实行行为性’之存在”,<sup>③</sup>因此,一方面,对1997年《刑法》总则关于“犯罪预备”中“为了犯罪”之表述作限缩解释是学术界的一般共识,<sup>④</sup>其逻辑推演的结果,即在犯罪未完成形态上,不应再承认形式预备犯下“预备犯”的存在,即作为形式预备犯的预备行为不可罚,仍以“为实施恐怖活动与境外恐怖组织或者人员联络”为例,事先寻找恐怖分子的联系方式等为联络做准备的行为既不符合准备实施恐怖活动罪之构成要件行为,也不能借由1997年《刑法》第22条的规定追究其“预备罪”的刑事责任。另一方面,结合犯罪参与的一般理论,作为狭义共犯的教唆、帮助行为入罪的渠道从属于正犯者之行为,而无论是何种共犯从属性说,都以正犯符合构成要件之行为即实行行为为前提。换言之,由于被教唆、被帮助行为乃实行行为,因此形式预备犯下的教唆、帮助行为不能入罪,即教唆、帮助实施准备实施恐怖活动罪的,不构成准备实施恐怖活动罪的教唆犯、帮助犯。

### (三)基于侵害法益类型的限缩

如前文所述,赋予预备犯刑事责任的正当化根据之一是其“可能针对重大法益造成侵害的危险”,亦即预备犯所针对的犯罪类型应限定为重大犯罪。而《刑法修正案(九)》确立的“非法利用信息网络罪”却将通过非法利用信息网络所意欲实施的对象表述为“其他违法犯罪”,如果基于文义解释对此作形式化的解读,那么除犯罪活动以外的其他一般违法活动的预备行为亦将入罪。笔者不赞成此种结论,主张将“违法”解释为“刑事违法”而非一般意义的行政违法或违反其他法域的行为。作出这一解释的理由在于:(1)在我国,“违法”一词原本就具有不同的含义,<sup>⑤</sup>可能指称刑事违法、行政违法、民事违法等各种违反规范之行为,这一前提为上述结论的得出提供了解释空间。<sup>⑥</sup>(2)刑事立法用语本身不可能完全按照学理设想进行

<sup>①</sup> 不可否认,此一标准仍然难逃“形式化”的责难。但是,正如德国学者韦塞尔斯所言:“一个能够保证对于每种情况都能完全彻底的解决预备与未遂之间划分问题的魔法公式,并不存在。面对犯罪行为的复杂形态和实施方式,司法判决和法学学说都必须满足于能够对一定的种类情况确定出能够尽可能的符合法律意思和目的的指导方针”。[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第347页。

<sup>②</sup> 参见郑延谱:《预备犯处罚界限论》,《中国法学》2014年第4期。

<sup>③</sup> 陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第369页。

<sup>④</sup> 有学者基于文义解释进而提出“为了‘犯罪’之‘犯罪’包括所有的犯罪行为,没有理由把所有的为了预备犯罪的准备行为绝对的排除在犯罪之外”(刘艳红主编:《刑法学总论》,北京大学出版社2006年版,第188页)的主张为笔者所不采。

<sup>⑤</sup> 参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第74页。

<sup>⑥</sup> 在犯罪论体系的论争中,坚持传统四要件犯罪构成理论的多数学者甚至直接将“违法性”等同于“刑事违法性”,反对对“违法”进行多元的解读。参见冯亚东、邓君韬:《德国犯罪论体系对中国之启示》,《国家检察官学院学报》2009年第1期。

表述,某些用语、概念的内涵具有相对性。例如,我国刑法分则总计有 50 多个条文涉及与“违法”类似的立法表述——“非法”,这些条文中出现的“非法”既可能指称“刑事违法”(非法制造枪支),也可能仅指违反行政管理法规(非法经营罪中的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”),甚至没有实体意义只具有语感意义(非法经营罪中的“未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务”),<sup>①</sup>既然如此,对“违法”一词作出合目的的解释就是可行的。(3)联系刑法条文的相关表述看,立法者欲明确区分“刑事违法”与“一般违法”行为时会有明确的提示,如“组织未成年人进行违反治安管理活动罪”法条的表述为“组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等违反治安管理活动的”,立法者并未使用“违法”、“非法”等用语,由此可反证将“违法”解释为“刑事违法”并不存在障碍。<sup>②</sup>

#### 四、结语

晚近以来,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为学者信奉的金科玉律,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确信与信仰规则”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再作任何检验的信条为前提,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,作为信条的法规不应当在法学家手里变来变去,他们必须对它们进行解释”,<sup>③</sup>法教义学思考的出发点亦被归结为“既有给定”,即“以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”。<sup>④</sup>被作如此解读的法教义学或许遵循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解释工具,对良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为导向,而不是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、日等国刑法学者的著述中也不乏对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”,<sup>⑤</sup>法教义学亦被赋予“兼具解释与批判的双重功能”。<sup>⑥</sup>因此,面对刑事立法的“缺漏”,法教义学并非无能为力,也不应袖手旁观,而应在遵守罪刑法定原则底线的前提下,运用合目的性的解释方法使解释结论合乎正义理念,实现其解释功能;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正义理念时,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 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社 2011 年第 2 版,第 534 页。

② 笔者不得不再次强调,在“实质预备犯”的思维下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“理想愿景”仍存在一定差距,但是至少在理念和方向上无可指摘,这也正是坚持法教义学立场的价值所在。

③ [德]沃尔福冈·弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》2012 年第 1 期。

④ 参见[德]沃尔福冈·弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》2012 年第 1 期。

⑤ 张明楷:《也论刑法教义学的立场》,《中外法学》2014 年第 2 期。

⑥ 车浩:《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,《法学》2015 年第 10 期。