

德国未遂理论的流变及其启示

张志钢

内容提要:未遂论是不法论的核心内容,在未遂理论中向来存在着主、客观未遂论之争,这使得未遂理论成为刑法总论中争议最大的问题之一。德国主、客观未遂论在经历数百年的拉锯战之后,目前居于通说的是混合了主、客观未遂论的折中说——“印象理论”。“印象理论”既是与德国现行刑法最为契合的解释方案,也是德国刑法理论、立法与司法实践互动与妥协的范例。中国刑法中的未遂理论,应当从我国刑法尤其是总则中有关未遂犯和预备犯的规定出发,认真对待现行刑法和司法实践,而不是在泛意思刑法支配下非理性地盲从他国理论。

关键词:未遂论 印象理论 意思刑法

张志钢,中国政法大学博士后流动站研究人员。

二百余年来,在德国未遂处罚根据理论中,一直存在着主观未遂论与客观未遂论之争,目前的多数说是混合了主、客观未遂论的印象理论。以印象理论为参照,可将德国刑法未遂理论的发展划分为三个阶段。^[1] 第一个阶段是前印象理论时期。这一时期的基调是主观未遂论与客观未遂论的激烈角逐,突出特征是理论通说与司法实践相悖而行。在纳粹时期,刑法理论沦为政治附庸,意思刑法喧嚣一时。第二个阶段是印象理论成为通说时期。第二次世界大战后,意思刑法随着纳粹的覆灭而终结。在人的不法论取代客观不法论的背景下,客观未遂论已不合时宜,强调行为人主观面的未遂论成为主流,尤其是1975年后印象理论因最为契合德国修改后的现行刑法规定而占据支配地位。第三个阶段可称之为后印象理论时期。面对印象理论的不足,诸多学者提出新的看法,从而呈现出学说林立的局面。尽管印象理论在当下屡受批判,但依然是多数说。

本文主旨并不在于全方位呈现德国未遂理论史上的每一种理论,而是通过回顾德国未遂理论的发展,展示德国刑法中未遂理论的嬗变及其与立法和司法实践的复杂关系,并

[1] 需要指出三个阶段的划分并非存在明确的分界,比如在第一阶段已经有学者零星提出了印象理论的思维判断,但印象理论成为通说却是第二次世界大战后尤其是1975年德国《刑法》修改之后的事情。

进而为反思我国未遂理论提供有益的参照。

一 前印象理论时期:主、客观未遂论的角逐

帝国法院自1871年德国实现统一开始行使审判权以来,就持续性地采用主观未遂论(第二次世界大战后的联邦法院同样如此)。但直至20世纪30年代,客观未遂论一直在理论中占据绝对支配地位。可以说,这一时期理论通说与实务中的通行做法是相悖而行的。

(一)理论通说:客观未遂论

1. 旧客观论(抽象的客观论)

客观未遂论认为,未遂的处罚基础在于对构成要件所保护法益的危险。^[2]该理论可以追溯到近代刑法之父费尔巴哈的“权利侵害”理论。费氏认为,未遂的处罚基础在于对权利侵害的危险,这种危险是一种客观的危险。^[3]但费氏并没有明确如何判断这种“客观的危险”。为此,费尔巴哈的学生米特迈尔(Mittmaier)把未遂区分为可能未遂与不能未遂,后者包括绝对不能和相对不能未遂。^[4]绝对不能未遂是指,一个行为无论在何种情况下均自始不能导致构成要件结果发生,如用白糖杀人、“杀死”尸体等。相对不能未遂,则只是在具体案件中囿于特别情况而没能发生,如用过于少量的毒药杀人、在过远距离开枪杀人等。

区分绝对不能与相对不能未遂的实益,在于排除前者的可罚性。这一区分存在的问题是,二者随着对事实抽象程度的不同,可能彼此转化。以行为人用未装子弹的枪支杀人为例,如果我们保留“未装子弹”的特征,那么“未装子弹的枪支”是绝对不能未遂的杀人工具,但若抽去“未装子弹”的状态即以“枪支”作为杀人工具时,就成立相对不能未遂了。^[5]此外,这也取决于使用犯罪工具的方式,“未装子弹的枪支”虽然不适合用来杀人,但可以用作人身伤害的工具。^[6]最终,绝对不能与相对不能未遂的区分因为无法贯彻到底,一百多年前的德国刑法学就已放弃这一区分。^[7]

2. 新客观论(具体的客观论)

为克服旧客观论的不足,李斯特(Liszt)将未遂犯中法益侵害的危险置于未遂论的核心地位,并且要求危险的判断不应是抽象的,而应是具体的,从而提出了新客观论。^[8]凡涉及危险的判断都需对案件事实进行抽象,但新旧客观论抽象的方法不同。新客观论的

[2] Spendel, Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965, S. 188.

[3] Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, § 43 Anmerkung 3.

[4] Mittermaier, Beitrag zur Lehre von Versuchs der Verbrechen, Neuer Archiv des Criminalrechts 1816/1817, S. 163ff.

[5] Germann, Über den Grund der Strafrecht des Versuchs, 1914, S. 101ff.

[6] Albrecht, Der untaugliche Versuch, 1973, S. 11.

[7] 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《德国刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第265页。

[8] Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Aufl. 1881, S. 136f.

进步在于：“并非使用一个一般化的标准（绝对不能与相对不能未遂），而是以所观察到的个案情形并且以此为前提进行恰当处理。”〔9〕在这个意义上，旧客观未遂论是抽象的客观危险论，新客观未遂论是具体的客观危险论。〔10〕旧客观未遂论，是事后从具体的事实中分离出行为对象或行为工具，孤立地进行判断，以回答事后所查明的行为类型是否可以一般性地导致结果的发生。其提问方式为：白糖是否能够杀人？而新客观未遂论中所抽象的事实，源于一般人在行为时点所认识到的事实或者行为人特别认识到的事实。它致力于回答如何对个案进行事后预测。鉴于李斯特所提出的“事后预测”概念容易让人产生误解，西佩尔（Hippel）指出：“所谓‘事后’，是因为所要判断的犯罪行为存在于过去。所谓‘预测’，是因为法官设想自己回到行为时点的情形，也即在判决时排除所有事后才知道的情形。因而在未遂中，具体危险的概念如同生活与法律中处处可见的判断一样，是事前的，而非事后的。”〔11〕在这种具体的危险性思维影响下，经事后预测结果具有发生的可能性，就存在危险性而具有可罚性，比如，对着在地上躺着的人开枪，即便事后证明人已经死亡。

新客观论存在的问题是，处罚杀死尸体的行为与新客观危险论的出发点是矛盾的：人不可能死两次，“尸体”不具有生命法益，因而在“杀死”尸体的场合，生命法益受到危险也就无从谈起。在此，新客观论所关注的问题不再是法益是否受到危险，而是行为人的行为是否具有危险性。“从对法益的考虑前移至行为，意味着客观未遂论的剧烈转向”。〔12〕如此，新客观论中所主张的危险概念，已经不再是其所声称的纯粹客观状态，而是一个随着人的认识而变化的具有主观色彩的危险概念。正如有学者所指出的那样：“由于‘具体危险说’自己也站在刑法的本质在于法益保护，法益侵害是物理实害这样一种与‘客观危险说’相通或者类似的客观一元论的立场上，理论上显得十分软弱无力。”〔13〕可以说，新客观论在一定程度上已经去客观化了。

（二）司法实践：主观未遂论

主观未遂论认为未遂的刑罚基础在于行为人所践行的法敌对意志。早在1871年德国《帝国法院判例集第1卷》中，刑事判决委员就已经强调未遂的处罚在于“行为人犯罪意志的外显”。〔14〕帝国法院在该判决中既表明自身主观未遂论的立场，同时也肯定了不能未遂的可罚性。帝国法院认为，如果回顾性地考察，任何未遂都是没有危险的，区分可罚的危险未遂和不可罚的不能未遂没有什么实际意义。

在主观未遂论下，处罚未遂仅需要行为人的行为在客观上能够确证其犯罪意志即可，即便该行为所侵害的法益在客观上并没有遭遇危险或者行为根本不可能导致危险，也不影响未遂犯的成立。

〔9〕 Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 429.

〔10〕 Albrecht, Der untaugliche Versuch, 1973, S. 6ff. 具体的客观危险论，在我国刑法中通常称作具体危险说。

〔11〕 Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 427.

〔12〕 Albrecht, Der untaugliche Versuch, 1973, S. 12.

〔13〕 李海东：《社会危害性与危险性：中、德、日刑法学的一个比较》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第4卷），中国政法大学出版社1999年版，第54页。

〔14〕 RGSt, 1, 439ff.

(三)理论与实践中在对抗中暗合

不难发现,这一时期的通行理论与司法实践对未遂问题的处理,基本上呈现出反向发展的态势。造成这一局面的一个重要原因是,1871年制定的《帝国刑法典》并未对一直就存在着的客观未遂论和主观未遂论表达明确的立场。尽管《帝国刑法典》在第43条以“实行的开始”作为处罚未遂的前提(以区分不可罚的预备行为),且在第44条对未遂的处罚采取必减主义,在一定程度上倾向于客观未遂论的立场。^[15]但是立法者有意识不去规定不能未遂的可罚性,而是委之于司法的决定。^[16]这就为理论的发展和竞争提供了广阔的空间。

不过也应当注意到,尽管新客观论仍然坚持法益侵害危险性这一客观论的立场,但它的客观性已经弱化。早在1931年,李斯特教科书修订者施密特就已经指出,新客观论对具体个案的处理通常与帝国法院是完全一致的。^[17]可以说,表面上看是立场迥异、水火不容的对立理论,但在实践中的差别并不如想象的那么大,其对具体个案的处理已经趋于一致。

(四)不幸的插曲:纳粹时期的理论转向

随着20世纪30年代希特勒纳粹政权上台,主流理论陡然摒弃客观未遂论。在这场转向中,最为典型的刑法学者莫过于梅茨格(Metzger)。据希尔施(Hirsch)考证,梅茨格在1918年出版的《刑法教科书》中,尚且批判当时的司法实践将未遂犯处罚基础建立在行为人的意志上,忽略了“基于法治国原则,只有当行为人实现了构成要件该当性时,该犯罪意志才能作为处罚的根据”;然而在其1936年出版的教科书中,他便应纳粹教义学的要求转向了意思刑法;到了1938年,他则明确指出主观未遂论是与时代相适应的“法律观念的转变”。^[18]

意思刑法将主观未遂论的主张极端化了。在意思刑法的要求下,刑法的防线提前至意志形成之时。“在分则中,实行犯和独立设置刑罚的预备行为凸显。在总论中,未遂和既遂在理论上是等价的”。^[19]1939年,官方要求对《反暴力犯罪条例》第4条中未遂的处罚,由必减改为得减,使得法官可以根据“意志责任大小”来决定,而不再考虑那些常常受偶然因素影响而发生结果的因素。^[20]由此,客观未遂论在立法上的根据也就随之减弱了。

[15] Vogler, in: Jescheck, Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar, Einleitung; § § 1 bis 31., Aufl. 11. 2003, Vor. § 22 Entstehungsgeschichte; 也参见[德]托马斯·魏根特:《刑法未遂理论在德国的发展》,樊文译,《法学家》2006年第4期,第144页。

[16] Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 416.

[17] 参见[德]李斯特著、施密特修订:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第343页注释①。

[18] Hirsch, Die subj. Versuchstheorie, JZ 2007, S. 495 nach Fn. 5.

[19] [德]约阿希姆·福格尔:《纳粹主义对德国刑法的影响》,喻海松译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年,第304页。

[20] Vgl. Vogler, in: Jescheck, Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar, Einleitung; § § 1 bis 31., Aufl. 11. 2003, Vor. § 22 Entstehungsgeschichte; 得减主义在第二次世界大战后为1975年修法后的第23条第1款所沿用。当然也有不少学者指出,未遂处罚采得减主义并非纯粹的主观未遂论,纯粹主观未遂论要求未遂与既遂的处罚完全相同,这不无道理。

二 印象理论时代:理论与立法的交互影响

(一)目的行为论主导下的刑法修改

第二次世界大战后,意思刑法随着纳粹政权的覆灭旋即遭到抛弃。但客观未遂论非但未能恢复其原来的理论主导地位,其支持者反而只剩下施彭德尔(Spendel)^[21]一人。博克尔曼(Bockelmann)于1954年在“大刑法委员会”的讨论中明确指出:“客观未遂论已然不合时宜了。”^[22]这种转变的根源在于彼时对不法观的转变:人的主观不法论战胜并取代纯粹的客观不法论。^[23]个人不法论摒弃客观未遂论仅仅局限于外部客观的法益侵害(结果无价值)的观点,重视并强调行为之无价值。在该理论影响下,未遂犯中考察并且优先考察行为人的主观面就是自然而然的。这集中体现在加拉斯(Gallas)于1958年在讨论刑法修改的总结性发言中:

将行为人的行为视为其危险意思的征表,并以此作为不能未遂处罚理由的观点,在我看来就属于主观未遂论。尽管这一出发点仍具有重要作用,但是立法者现在就不能继续以此作为出发点了。由博克尔曼所使用的意思价值的背离,在一定程度上就倾向于征表性的观点。如果这个判断是对的,那么主观未遂论就在(行为人)危险性征表的意义下来说明。我认为,这与我们所预想的未来刑法的基础,即行为刑法的刑法观念是不一致的。在我看来,主观未遂论在今天已经不再趋同于意思刑法,而是由纯粹结果无价值的评价到行为无价值的评价之过渡中产生的新刑法理论成果,在这点上,该刑法理念与目的主义紧密相关。在我们看来,表明刑法中不法核心的已经不再是法益侵害,而是指向犯罪结果的意志活动。从结果无价值论出发,可能的看法是将不能未遂的可罚性仅仅连接在邪恶意思的确证上。从行为无价值的立场来看,主观上的危险也即不能未遂同样是违法的行为,而不仅仅是意志活动。^[24]

20世纪五六十年代,德国刑法学界为修改刑法展开了大讨论。这在时间上基本与威尔采尔(Welzel)目的行为论独领风骚的时代重合。经过十数年的讨论,1969年德国第2次《刑法改革法》对刑法总论部分进行了全面的修改,^[25]其中总论部分涉及未遂的是第22-24条(1975年生效并实施至今)。第22条规定(概念确定):“犯罪未遂,即行为人根据其对行为的想象,直接着手于构成要件之实现的行为。”《刑法》第23条(未遂的可罚

[21] 在未遂问题上,他自嘲是“荒漠中孤独的呼喊者”。Spendel, Zur Neubegründung der obj. Versuchstheorie, in: Stock-FS 1966, S. 89.

[22] Grosse Strafrechtskommission, Referate und Diskussionsbeiträge zum Beratungsthema „Versuch und Vorbereitung“ II, 1958, S. 171.

[23] Vgl. Albrecht, Der untaugliche Versuch, 1973, S. 28.

[24] Große Strafrechtskommission, Referate und Diskussionsbeiträge zum Beratungsthema „Versuch und Vorbereitung“ II, 1958, S. 195.

[25] Vogler, in: Jescheck, Hans-Heinrich, Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar, Einleitung; § § 1 bis 31., Aufl. 11. 2003, Vor. § 22 Entstehungsgeschichte; Hirsch, Die subj. Versuchstheorie, JZ 2007, S. 494ff.

性)规定：“(1)重罪的未遂是可罚的,轻罪的未遂只有在法律明文规定时,方可处罚。(2)可以比照既遂犯减轻处罚(第49条第1款)。(3)如果行为人出于重大无知,因为对行为对象或者行为所使用的工具的性质发生错误认识,根本不可能实现既遂的,法院可以免除处罚或者通过衡量减轻处罚(第49条第2款)。”^[26]

相对于《帝国刑法典》,未遂条文的变化主要表现为:(1)行为人是否着手于构成要件的实现,取决于“行为人对该行为的想象”(第22条),而“行为人对该行为的想象”这一用语即直接出自威尔采尔教科书中对未遂的定义;(2)对未遂的处罚采得减主义(第23条第2款);(3)明确规定重大无知未遂的可罚性(第23条第3款)。修法后,迷信未遂、不能未遂、可能未遂三者之间的关系,可如下图所示:^[27]

迷信未遂		不处罚
不能未遂	重大无知的	限制性处罚(《刑法》第23条第3款)
	普通的	可罚(《刑法》第23条第1、2款)
可能未遂		

(二)印象理论因最为契合刑法规定成为通说

1. 一元的未遂论与现行法无法协调

修法后的条文自然成为未遂理论的出发点和根据,但一元的客观未遂论和一元的主观未遂论均无法与之恰当协调。

客观未遂论原则上与现行法是矛盾的,这主要表现为以下三个方面:^[28]第一,客观未遂论拒绝承认行为之主观面在建构行为不法时的意义,无视德国《刑法》第22条所规定的“行为人对行为的想象”。第二,客观未遂论引以为傲的结论就是明确排除了客观上无危险行为的可罚性,但这与法律处罚不能未遂的规定相矛盾。《刑法》第23条第3款明确肯定重大无知的未遂是可罚的。^[29]重大无知的不能未遂是不能未遂的特殊情形,既然重大无知的不能未遂是减轻处罚或者免除处罚,那么“普通”的不能未遂——并非出于重大无知的不能未遂——当然就是可罚的。第三,《刑法》第23条第2款对未遂的处罚采得减主义也与客观主义不符合。因而,在目前的德文文献中,客观未遂论及其变种更多地出现在学说发展史或者比较法的资料中。^[30]

[26] 鉴于第24条有关中止未遂的规定与本文关联不大,从略。

[27] Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 126.

[28] Vgl. Matt [Hrsg.], in: Holger/Renzikowski, StGB Kommentar, 2013, S. 206.

[29] Vgl. Hillenkamp, in: Weigend (Bearb.), Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar. Einleitung, § § 1 bis 31. 12. Aufl. 2007, Vor. § 22 Rn. 90; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 27f.

[30] Null Maiwald, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs——ein Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht, ZStW 117 (2005), S. 937ff; ders. Über taugliche und grob unverständige Versuche. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, in: Koriath (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, S. 159ff. 对此,我国有学者认为当今欧陆刑法学中最主要的争论还在于具体危险说和客观危险说这两种客观说之间,这样的判断存在偏差。参见周光权:《编者絮语:不能犯理论的最前线》,《清华法学》2011年第4期。

主观未遂论也未能同现行法很好地契合,体现为以下三个方面:

第一,主观未遂论的正确之处在于,它明确了主观要素在未遂犯中所具有的重要意义。因为不考虑行为人计划或者行为人的想象,来评价存在未遂行为根本没有意义。但是过分地强调行为人想象的可能后果是在时间上导致未遂的处罚不当提前。这也造成了主观未遂理论在区分预备与未遂界限时的弱点。经常被作为批判主观未遂论的例子是:“如果行为人为透透气在大街上散步期间,再三琢磨已经制定的谋杀计划的细节,或者以书面形式记录或修订谋杀计划的行为,都是对行为决意的实施。”^[31]同时,主观未遂论尽管要求“行为人犯罪意志的外显”,但这种表现于外部的行为,只是作为表征行为人犯罪意志的意义上存在的。换句话说,对行为的考察仅仅着眼于其证据法上的意义。这就与德国现行《刑法》第22条所规定的,将“实现构成要件的直接着手”作为建构未遂不法的组成部分,存在着本质差异。

第二,对重大无知未遂可以免除处罚或者减轻处罚的规定,排除了主观未遂论的存在空间。根据德国《刑法》第23条第3款的规定,“普通”的不能未遂存在着减轻处罚的可能性,重大无知的未遂可减轻甚至免除处罚,预备犯原则上不予处罚,迷信未遂不予处罚。但是,上述几种行为无一例外地都存在着法敌对意志,而且在犯意程度上,在重大无知未遂行为中,行为人的法敌对意志并不比普通未遂行为人的法敌对意志轻;同样,重大无知未遂无论是反对法秩序的想象还是法敌对意志的能量,与迷信未遂相比都是完全相同的。所以,不考虑存在于行为人之外的客观因素,仅仅从法敌对意志本身并不能解释上述犯罪类型在定罪与处刑上的不同。

第三,主观未遂论要求所有(故意)犯罪的未遂都应处罚,这也不符合现行法律的规定。根据德国《刑法》第23条第1款的规定,虽然所有重罪的未遂都是可罚的,但是对轻罪未遂的处罚则需以法律明文规定为限。

总之,单一的主观视角或客观视角均不能揭示未遂需罚性的全部内容。^[32]在这一背景下,作为两者折中之混合的主、客观未遂理论,就成为解释现行法的当然选择。

2. 印象理论与现行法的契合

混合的主、客观未遂理论,在德国以及受德国刑法教义学影响的区域通常也被称为“印象理论”。早在20世纪之初,就已有学者零星主张通过“印象”来解释(限制)未遂的成立。比如,托恩(Thon)在1900年首次提出经过何种条件的评价,可以把未遂行为称作是危险的或“不安的印象”,随后巴尔(Bar)则进一步将“印象因素”作为可罚性界限的标准,格林根(Germmingen)则以“效力之违反”作为限制主观未遂理论的一般性预防因素。梅茨格最终系统总结了印象理论的价值:以这种混合的主客观理论评价未遂行为时,主观视角和客观视角不再是择一性的,而是叠加性的。^[33]

[31] Maurach[Begr.], Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 2014, S. 21.

[32] Baumann[Begr.], Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 20 Rn. 17.

[33] 详细的介绍参见 Maier, Die Objektivierung des Versuchsunrechts: eine strafrechtliche Analyse de lege lata, 2005, S. 159ff.

尽管不同学者对“印象理论”表述不一,但其基本构造大体上都是从行为人的主观面出发,并在客观要件上附以必要的限制。罗克辛(Roxin)即表述为:“印象理论以行为人所践行的法敌对意志作为处罚未遂的连接点和出发点,并且进一步要求实践犯罪意志之行为足以动摇一般公众对法秩序效力的信赖。”^[34]

“印象理论”在一定程度上克服了一元的未遂论解释现行法的窘迫:^[35]其一,可以与德国《刑法》第22条未遂始于“直接着手”的规定相适应,即排除预备行为的可罚性。这是因为,预备大多处于隐蔽的状态,存在着不同的意义空间,通常不存在对法和平的侵害或对法和平的侵害微不足道而不需要处罚。其二,可以比较好地解释《刑法》第23条第3款重大无知未遂减轻或者免除处罚的规定。未遂犯因为未发生法益侵害结果,其对共同体法安全感的动摇一般比既遂要轻,所以减轻处罚对于恢复法和平来说通常就足够了;如果在对法安全感的影响更为微弱的情形下(重大无知的不能未遂)甚至可以完全放弃处罚。可能未遂、一般的不能未遂、重大无知的不能未遂以对公众法安全感的震动程度是依次递减的,所以印象理论可以解释以上不同未遂形态在处刑上的差别。

(三)对印象理论的批判

1. 印象理论的不足

“印象理论”的不足主要存在以下几个方面:

第一,“印象因素”并不明确。作为限制未遂之可罚性的“印象标准”并非源自法律的规定,而是来源于犯罪意志之实践在公众中所留下的法动摇的印象。这就使得行为可罚与否最终取决于事后所确定的行为所引起的社会效果,也即行为对社会公众所产生的心理影响。问题是,这种社会心理上的效果是一个无法证实的概念,在经验上很难获得。^[36]在具体个案的判决中,“印象标准”只不过取决于具体的法官之法感情罢了。

第二,印象标准以法益概念的高度精神化为代价。比如,持印象理论的耶赛克和魏根特教授就指出:“无论是可能未遂犯还是不能未遂犯,均会造成对社会的危害,对法律所保护的法和平意识的危害,在可能未遂的场合,还会增加对于被保护的行为客体的危害。”^[37]在印象理论下,不能未遂与可能未遂的区分在于,可能未遂所导致的是对具体的法益客体的危险,而不能未遂之存在于法益的危险,^[38]是“没有真实危险的扰乱和平的犯罪”。^[39]德国联邦最高法院也持类似的想法:未遂犯之“需罚性奠基于——对此已经被视为是危险的——对法律所保护秩序的对抗中”。^[40]于此,“印象”不再是以对刑法构成要

[34] Roxin, Tatenschluß u. Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, S. 1.

[35] Eser, Bosch, in: Schönke (Begr.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Vor. § 22 Rn. 22.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 49 II Rn. 3.; Rudolphi, in: Rudolphi (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7&8. Aufl. 2000, Vor. § 22 Rn. 13f.

[36] Hillenkamp, in: Weigend (Bearb.), Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar. Einleitung, § § 1 bis 31. 12. Aufl. 2007, Vor. § 22 Rn. 78.

[37] [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第635-636页。

[38] Sax, „Tatbestand“ u. Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, S. 432f.

[39] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 153.

[40] BGHSt, 4, 254; 11, 268; 30, 363.

件所规定的具体法益的危险作为处罚基础,而代之以法秩序效力的危险。

第三,印象理论容易导致循环论证。这种未经详细推论,便直接引入一般的、远离法定构成要件的“印象因素”作为未遂不法之成立条件的做法,所造成的后果只能是最终求助于以积极的一般预防为导向的刑罚目的理论。然而,未遂行为何时以及在多大程度上能够足以产生一般预防意义上的刑罚需要性也缺乏可靠的经验根据,这就“陷入循环论证的怪圈:如果未遂应受刑罚处罚,那么它就威胁到对法律制度效力的信任,反之亦然”。^[41] 这是因为在操作层面,“印象理论的标准只是一个空洞的形式,我们可以凭感受获得任何想要的结论”。^[42] 结果,印象理论所意图达到的限缩未遂处罚范围的目标就落空了。^[43]

2. 统一形式下的内在分裂

如上所述,“印象理论”的解释力是以其远离构成要件的不明确性、模糊性甚至空洞化为代价的,这就造成“印象理论”在具体个案中操作上的难题。有学者提出,印象理论在事实上并非是一种具有独立意义的主客观混合理论,只是主观未遂论的衍生品或者仅仅是限制主观未遂论处罚范围的权宜之计。之所以如此,其深层的原因在于主、客观未遂论的争论并未因立法的变化而得到解决,这也造成契合立法的印象理论内部隐藏着严重的内在分裂。对此,罗克辛在20世纪70年代就已经指出:

法动摇的印象既奠基于所践行的法敌对意志,也奠基于对行为客体的客观危险。通常情况下,两者之间的相互作用表现为:一方面,当犯罪意志欠缺只存在着过失的危险时,就不能视为未遂,而至多以危险犯来处罚;另一方面,当犯罪意志的实施尚不足以造成充分的危险时,行为原则上处于不可罚的预备阶段。不过,就不能未遂虽然完全欠缺危险但绝对不欠缺实施犯罪的意志而言,我们可以认为在这里是主观要素占了上风的。^[44]

可见,这种分裂源自德国现行法在未遂条文内部本来就存有的价值冲突:预备行为不具有可罚性,不能未遂却具有可罚性。具体而言,德国现行法“一方面明确肯认不能未遂的可罚性(《刑法》第23条第3款——引者注),另一方面却又透过‘着手’的要求设定了客观的界限(《刑法》第22条后半段——引者注)”。对于后者,“着手”公式从行为的客观面进行限定,将“可能未遂推到与具体危险犯相近”,这体现为客观未遂论,但处罚不能未遂的规定体现的却是主观未遂论。正因为如此,许迺曼不无嘲讽道,“印象理论”只是将“客观未遂论与主观未遂论的命题与反命题未加处理的凑在一起,而以辨证的方式将

[41] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《德国刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第255-256页。

[42] Hirsch, Zur Behandlg. des ungefährl. „Versuchs“ ——de lege lata u. de lege ferenda, in: Lillie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, S. 265.

[43] Vgl. Herzberg, in: Heintschel-Heinegg (Red.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § § 1 - 37 StGB. 2. Aufl. 2011. § 22 Rn. 18.

[44] Roxin, Tatentschluß u. Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, S. 1.

其转化成一个综合命题”。^[45] 魏根特则一针见血地指出,“印象理论”仅仅是一个“未遂学说粉碎性骨折的急救绷带”,其“流畅表述虚构了一种事实上确实不存在的妥协”。^[46] 即便主张“印象理论”的学者也不讳言,印象理论具有优越性只是因为“迄今为止还没有更好的理论”。^[47]

三 后印象理论时期:如何处理重大无知未遂

基于“印象理论”的不足,晚近有许多学者试图提出新的学说以取而代之。这便产生了“后印象理论”时代学说林立的局面。这些学说主要有博特克(Bottke)处罚不能未遂违宪的观点,希尔施及其学生马利茨(Malitz)、齐尚(Zieschang)等人的“新危险性理论”,雅各布斯(Jakobs)、弗洛伊德(Freund)等人的规范破坏表现说,罗克辛放弃印象理论之后所提出的结合理论,以及施密特豪伊泽尔(Schmidhäuser)及其学生阿尔瓦特(Alwart)二元论的观点,等等。根据是否承认德国《刑法》第23条第3款的效力,可将以上学说区分为两类:否定重大无知未遂可罚性的观点和肯定重大无知未遂可罚性的观点。

(一) 否定重大无知未遂可罚性的观点

1. 博特克违宪性的观点^[48]

博特克从不能未遂具有可罚性出发,得出处罚不能未遂是违宪的结论。同传统看法一样,他认为未遂(如杀人未遂)可区分为可能未遂和不能未遂:前者危及具体的“宪法利益与犯罪行为利益”,如人的生命;后者损害的只是“刑罚法益”。但根据《刑法》第22条,两者应该受到相同的评价,这就与宪法中的比例性原则与公平原则矛盾。博特克“宪法利益与犯罪行为利益”、“刑罚法益”等用语确实有点自说自话之嫌。不过如果认识到他将“宪法利益”等同于“根据德国宪法适合由刑罚保护的益”,“犯罪行为利益”等同于“犯罪构成要件所保护的益”,“刑罚法益”等同于规范忠诚与法和平之侵扰,也就不难理解博特克的论证中所隐含的前提是“印象理论”:可能未遂基于对构成要件所保护法益侵害的危险,而不能未遂则是基于法动摇的印象与法和平的破坏。

毫无疑问,不能未遂与可能未遂相比,在不法的量上是减弱的,但这种量上的减少是否足以将不能未遂推向可能未遂之对立面,或者说,不能未遂与可能未遂的差异究竟是量的差异还是质上的区别?如果只是量差则无必要援引宪法上的比例性原则和平等原则;如果是质的区别,对两种不同的事物进行相同的评价(都是可罚的)确实违背同等对待原则。显然,博特克持后一种看法。赫茨贝格(Herzberg)对此批评道:考虑到德国现行《刑法》第23条第2款和第3款未遂处罚以及《刑法》第49条第1款和第2款相关减免处罚

[45] [德]许迺曼:《在莱比锡和维也纳刑法注释书中所呈现出刑法修正后的德语区刑法学》,载许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选集》,台湾新学林出版有限公司2006年版,第369页。

[46] [德]托马斯·魏根特:《刑法未遂理论在德国的发展》,樊文译,《法学家》2006年第4期,第148页。

[47] Eser, Bosch, in: Schönke (Begr.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 22 Rn. 22.

[48] Bottke, Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 2000, S. 135ff.

的规定,司法者也有着广阔的量刑空间,不能未遂与危险未遂相比在不法程度的降低方面也足以通过量刑来解决。不能未遂并非出于可能未遂的对立面,二者的区别是流动的。^[49]

本文认为,不能未遂与可能未遂是量差还是质别以及是否有必要启用宪法上的基本原则,是一个价值评价问题,很难从逻辑上评价是非对错。不过对这一问题的不同回答,可反映出各判断者对实证法的不同态度。博特克的观点,显然否定了《刑法》第23条第3款的效力。

2. 新危险性理论

新危险性理论可以从两个方面进行考察。第一个方面,新危险性理论提出无危险的未遂不是未遂。晚近以来,由李斯特提出并由西佩尔完善的新客观危险理论,在德国刑法理论中又获得了重生。这应当归功于希尔施^[50]及其所指导的学生马利茨、齐尚等人的努力。

希尔施打破了传统上可能未遂和不能未遂的概念二分,并以危险和无危险的未遂概念对之进行了重组。希尔施指出,未遂犯的处罚基础是,“行为人开始故意实施该当构成要件的行为,并违反了存在于相应构成要件背后的规范”。这种规范的违反在可能未遂和有危险的不能未遂的场合用行为的危险性来标记。由此,可能未遂和不能未遂这一对概念就被危险的未遂(包括危险的可能未遂和危险的不能未遂)和无危险的(不能)未遂这一对新概念取代了。与此同时,希尔施也特别强调,“概念对‘危险未遂与无危险未遂’不能与以前的概念,即‘相对’不能未遂与‘绝对’不能未遂等同。即便‘绝对’的不能未遂,比如杀害一个已经死亡的被害人的情形,以事前的视角来判断也可能是危险的(未遂)”^[51]

与魏根特(Weigend)只是在未来法的语境下将未遂理论连接到客观归责理论不同,^[52]希尔施认为在现行法中就已经完整地规定了危险的未遂与无危险未遂的区分,危险性理论本身即是对现行法的解释。“如果一个行为在客观上表现出对于所意图内容之实现——如致人死亡的结果——不具有风险,也就不存在相应行为的开始”^[53]。换句话说,《刑法》第22条所规定的直接着手公式已然排除了“无危险的不能未遂”。可以说,凡未遂行为都具有危险性之特征。若行为无危险性,则不存在未遂。正是在这个意义上,希尔施指出,危险的未遂才是真正的未遂,无危险的未遂不是未遂。^[54]

这一论点直击问题的核心。德国《刑法》第23条第3款所规定的重大无知的不能未

[49] Herzberg, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, GA 2001, S. 263.

[50] Hirsch, Untaugl. Versuch u. Tatstrafrecht, in: Lilie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, 2009, S. 245ff; ders., Zur Behandlg. des ungefährl. „Versuchs“—— de lege lata u. de lege ferenda, in: Lilie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, 2009, S. 265ff; ders. Die subj. Versuchstheorie, JZ 2007, S. 494ff.

[51] Hirsch, Untaugl. Versuch u. Tatstrafrecht, in: Lilie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, 2009, S. 252f, 254. Fn. 41.

[52] [德]托马斯·魏根特:《刑法未遂理论在德国的发展》,樊文译,《法学家》2006年第4期,第150页。

[53] Hirsch, Untaugl. Versuch u. Tatstrafrecht, in: Lilie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, 2009, S. 249.

[54] 若如此,希尔施语境下“无危险的未遂”就与日本刑法语境下的“不能犯”一样,在体系地位上都处于未遂犯的对立面;在法律后果上都不构成犯罪,自然就可不罚。可见,德国刑法语境中的不能未遂不同于日本刑法语境中的不能犯。在德国,不能未遂的法律效果待定,在日本不能犯的法律效果是确定的不成立犯罪。

遂“既无具体危险也无抽象危险”，显然属于无危险之不能未遂。所以，在希尔施那里，基于无危险的未遂不成立未遂，《刑法》第23条第3款只是一个由立法者所制定的“空转的条文”。^[55] 希尔施的学生齐尚也同样认为，“如果在犯罪行为时点基于事前的观察，可以排除结果的发生，那么压根就不存在未遂的发生，就根本不存在未遂”，所以“《刑法》第23条第3款在一定程度上是无用的。”^[56]

“空转的”和“无用的”评价，无异于否定了《刑法》第23条第3款的效力。对此，赫茨贝格认为，希尔施的危险性理论来源于未遂的“理论”，而不是从现行法之规定推导出来的。如果无危险的未遂是指一个理智的第三人在事前就认定行为是无危险的，那么反过来看，就是行为人在“无知”的基础上预测结果。但是，根据《刑法》第23条第3款的规定，即便行为人在“重大无知”的情形也是成立未遂的，因而希尔施为了使法律的规定屈从于其所主张的所谓“真正的主——客观理论”，就把《刑法》第23条第3款的规定解释为“空转”的。在严格的法实证主义的立场上，这与法律解释规则是矛盾的。^[57] 质言之，希尔施的观点明显是以理论逻辑取代了规范逻辑。

需要考察的第二个方面的问题是，处罚无危险的未遂会沦为意思刑法吗？当然，希尔施认为有充分的理由否定《刑法》第23条第3款的效力——如果处罚无危险的未遂，德国刑法就沦为意思刑法了。希尔施自诩自己的主张才是真正的主客观混合理论，是因为在他看来，新危险性理论并非是从主观面和客观面中选取一面作为出发点，而是以未遂的主观面和客观面同时出发，未遂的主观面和客观面都是与规范有关的刑罚基础。^[58] 在这一脉络下，希尔施的学生马利茨指出，新危险性理论并不反对考虑主观要素，反对的只是过分强调主观要素。因为对行为人意志的过分强调会导致观察的重心前移至行为人的危险。^[59]

希尔施2007年在《主观未遂论——国家社会主义时期刑法教义的开路先锋》一文中进一步重申，行为刑法要求为刑法所禁止的是“构成要件该当行为的直接着手”，“意思刑法存在于没有相应的具体犯罪行为之开始便以未遂（在国家社会主义时期甚至既遂也是如此）处罚”。当刑法主观主义认为“无危险的实施活动”是成立未遂犯的充分条件时，已然逾越至意思刑法了。而在无危险的未遂场合，“并非是现实的构成要件行为的着手，只不过是这些行为的幻想而已”。^[60] 因而，处罚无危险的未遂与行为刑法的原则是矛盾的，有重蹈德国国家社会主义时期的意思刑法之嫌。^[61] 简而言之，在希尔施那里，处罚无危险的未遂即等于意思刑法。

[55] Hirsch, Untaugl. Versuch u. Tatstrafrecht, in: Lillie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, 2009, S. 249f.

[56] Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 149f.

[57] Herzberg, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, GA 2001, S. 261f.

[58] Hirsch, Untaugl. Versuch u. Tatstrafrecht, in: Lillie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, 2009, S. 261.

[59] Malitz, Die untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt; zum Strafgrund des Versuchs, 1998, S. 182ff.

[60] Hirsch, Die subj. Versuchstheorie, JZ 2007, S. 500, 501.

[61] Vgl. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 18. 这是一种比较有意思的对立：作为继威尔采尔之后目的行为论阵营中之集大成者的希尔施，比客观归责论者罗克辛更加强调行为的客观面。在此，其争论的核心是对“着手”的理解，也即是否以行为的危险性作为未遂成立的必要条件。

对意思刑法与行为刑法的区分,加拉斯(Gallas)在多半个世纪前的1958年也做过富有启发性的总结:

在我们看来,表明刑法中不法核心的已经不再是法益侵害,而是指向犯罪结果的意志之活动。从结果无价值论出发,可能的看法是将不能未遂的可罚性仅仅连接在邪恶意思的确证上。在行为无价值的立场看来,主观上的危险也即不能未遂同样是违法的行为,而不仅仅是意志的活动。因为在不能未遂的场合,行为人所践行的意志指向的是犯罪结果。所以对结论起决定性作用的就是,依据法秩序的标准去客观地审查并作出判断,指向犯罪目标的意志是否存在以及该意志活动是否实施。这与行为人从自行为之想象出发所得出的推论正确与否无关,毋宁取决于法秩序是否将该行为之想象视为犯罪行为,以及行为人是否已经将其行动当作实施的开始。^[62]

与加拉斯看法相近,罗克辛认为在无危险的不能未遂的情形下,行为人不仅仅通过具体的行为确证了行为人之法敌对意志,而且该法敌对意志已然转换到实施阶段了。无论如何,在行为无价值中所确证的规范侵害,已经超过了单纯的犯罪意思的表示。因而,罗克辛认为,希尔施处罚无危险的未遂等于意思刑法的论断是言过其实的。^[63]

(二)肯定重大无知未遂可罚性的观点

1. 施密特豪伊泽尔及阿尔瓦特的二元论(部分肯定)

未遂二元论由施密特豪伊泽尔提出,并由其学生阿尔瓦特进一步发展。未遂二元论是将未遂行为区分为“目的未遂”和“危险未遂”两种未遂类型。这一区分来自施密特豪伊泽尔独特的目的论犯罪行为理论。在该理论下,行为的内在面是作为行为人之能力的意志,该意志可以设定目标并且通过活动实现该目标;行为的外部面是指与意图相应的身体之动静。前者是“行为在主观上对法益侵害的倾向”,即目的无价值;后者是“行为在客观上对法益侵害的倾向”,^[64]即危险无价值。不过在施密特豪伊泽尔那里,目的无价值和危险无价值在逻辑上彼此区隔,分别是相应犯罪类型成立之充分条件。

在可能未遂的场合,处罚未遂的基础在于危险无价值,危险无价值要求“危险在一定程度上几欲实现”。于是,这就在概念上排除了无危险的(不能)未遂的存在。在目的未遂中,处罚未遂的基础是行为人的目的所设定的无价值事实的实现,也即目的无价值。目的无价值要求具有特定意图的行为人积极去实现与法益相对的特定无价值事实,且进入到一个接近目的的阶段。^[65]未遂二元论认为,在不能未遂中不存在危险无价值,只有在

[62] Große Strafrechtskommission, Referate und Diskussionsbeiträge zum Beratungsthema „Versuch und Vorbereitung“ II, 1958, S. 195.

[63] Roxin, Der strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW116 (2004), S. 943; Roxin, Zur Strafbarkeit des untaugl. Versuchs, in: Jung-FS 2007, S. 841. 同样,我国有学者针对“处罚把假毒品误以为真毒品而走私、贩卖、运输的行为是主观归罪”的指责,明显比希尔施走得远。

[64] Schmidhäuser, Strafrecht Lehrbuch AT, 2. Aufl. 1975, § 8/30 - 8/31.

[65] Schmidhäuser, Strafrecht Lehrbuch AT, 2. Aufl. 1975, § 11/28.

意图犯罪行为中才可能成立不能未遂。

未遂二元论的不足主要表现为以下几个方面:第一,二元论不过粗糙地结合了一元的客观未遂论与一元的主观未遂论:危险未遂来源于客观未遂论,目的未遂则源自主观未遂论。这种二元论汇集了一元主观未遂论和一元客观未遂论的所有缺点,到头来对所有对一元主、客观未遂论的批判都可以指向该二元论。^[66] 第二,二元论在未遂可罚性的根据上,主张任何一元论(即行为人的法对抗意志或者行为的客观危险性)都可以独立作为处罚未遂的充分条件,与主流理论相矛盾。今日的共识在于,“主观因素和客观因素不是选择性(alternativ)的,而只是叠加性(kumulativ)地满足了未遂可罚性的根据”。^[67] 第三,如上所述,二元论主张只有在目的犯中才存在不能未遂,无异于否定了直接故意和间接故意犯罪成立不能未遂的空间。这与所有故意犯罪的类型均可能存在不能未遂的立法规定是矛盾的。^[68] 因而,即便二元论部分肯定了不能未遂的存在空间,也仅仅是从其自身的“理论”推导出来的,并非是对现行法的解释。

2. 规范违反表现理论

雅各布斯的规范违反理论也同样表现在其未遂教义学中。在他看来,犯罪行为并非是通过说所认为的对法益之侵害,而是“规范效力之违反”。未遂一如既遂,也是行为人由其行为所表现出来的对规范效力的侵害。可罚行为在最低限度上要求“行为人通过行为表现出来的其对规范的不认同”,因而,未遂的可罚性基础在于这种“规范违反的表现”;这种‘规范违反的表现’,需要以“规范的真实存在”及其“外部确证”为前提。在此,起决定性作用在于,行为人通过外部行为所表现出的对现实的行为规范的违反。如果当行为人仅仅在想象中违反现存的规范,则并不充分。^[69]

规范违反表现说的解释力在于:(1)为不处罚迷信未遂提供了一种更好的解释模式,因为在迷信犯中欠缺对现实规范的违反,因而也就欠缺了犯罪的故意。(2)规范违反的公开表现,即为未遂行为之客观面,这也可以证立无危险的不能未遂的可罚性。这种观点与印象理论在客观化的方向上具有相似性,因而也可以视为是印象理论的变种。(3)同时,由这种学说之形式主义特征所决定,未遂和既遂都体现为对规范效力的完全侵害,也即两者处罚基础完全相同,这就可以避免主观未遂论所造成的既遂与未遂处罚基础的割裂。

但是,规范违反表现说也存在严重不足:(1)如果将规范违反表现说贯彻到底,就会得出未遂犯才是犯罪原型的主张。如弗洛伊德即认为,未遂行为与既遂的处罚基础在于“行为规范效力侵害的危险”,也即二者都涉及如何对违反规范的行为以适当的反应以对抗规范效力侵害。如此,需要解释的问题就不再是为什么处罚未遂,而是为何对既遂的处

[66] Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1993, Abschn. 25, Rn. 18.; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997 S. 455 nach Fn. 7.

[67] [德] 托马斯·魏根特:《刑法未遂理论在德国的发展》,樊文译,《法学家》2006年第4期,第146-147页。

[68] Niepoth, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1994, S. 68;也参见[德] 托马斯·魏根特:《刑法未遂理论在德国的发展》,樊文译,《法学家》2006年第4期,第146-147页。

[69] Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1993, 25. Abschn. Rn. 21.

罚要重于未遂。^[70]但是,这与以处罚未遂为例外的一般观念不符。(2)这种形式化的理解,也会磨平各种类型的未遂(可能未遂、不能未遂、重大无知之未遂等)在量刑上的差别。比如,无法解释与《刑法》第23条第3款对重大无知未遂与普通未遂相比,可以大幅度地降低处罚(免除处罚或者减轻处罚)。(3)最后,也最为重要的是,该理论不能解释为什么不处罚预备行为,因为预备犯和未遂犯同样违反了规范,在预备阶段同样可能存在“规范违反的表现”。对此,雅各布斯本人以“构成要件迫近的”作为限制因素来排除预备行为之可罚性。罗克辛对此反诘道:“如果不法在根本上并非取决于对由构成要件所保护之法益的侵害,为什么规范违反会是‘构成要件迫近的’?”^[71]

3. 罗克辛的结合理论

未遂论是罗克辛持续关注的领域之一,其观点也几经变化。罗克辛本人作为对德国刑法修改产生重要影响的《替代性草案》的参与者之一,起初支持的是“印象理论”。随着客观归责理论在20世纪80年代以来获得巨大成功,尤其是在魏根特于1989年首次将未遂理论联结到客观归责理论的刺激下,罗克辛于1998年在《论未遂的处罚基础》一文中首次提出了“结合理论”。随后,罗克辛吸收希尔施的主张——以“危险——无危险未遂”取代“可能——不能未遂”——在表述上略作调整之后完整地呈现在其教科书《刑法总论(第2卷)》中。2007年罗克辛在“论不能未遂的可罚性”一文中重申,尽管“结合理论”缺乏理论一贯性,但这是与现行法最为契合的次优解释。可见,罗克辛尽管对未遂理论的思考有数次调整,但均以严格遵循实证法的规定为前提。

罗克辛将自身的理论视为先前学者所提出的“结合理论”的发展。原来的“结合理论”已经指出了未遂犯处罚根据的两个方向:行为的客观危险性(可能未遂)与行为人的主观危险性(不能未遂)。^[72]不过罗克辛认为,不能未遂的客观面也不能忽略,也应该从外部侧面考虑一般预防意义上的印象。“可以通过新的危险性理论解释可能未遂,并将不能未遂建立在主观方面的行为人理论和客观方面的‘印象理论’上”。在此基础上,罗克辛提出了统合“客观的危险性理论,主观的行为人理论以及‘印象理论’”三者的结合理论。

罗克辛结合理论的基本内容为:“未遂的处罚基础存在于一般或者特殊预防意义下的刑罚必要性,这种刑罚必要性在通常情况下由故意的构成要件迫近的危险推导出来,在例外情形下则存在于由构成要件迫近的行为所确证的法动摇的规范违反。”^[73]在吸收了希尔施的术语转换之后,罗克辛在其2003年版《刑法教科书第2卷》形成了对未遂的“法律定义”：“未遂是以行为人的想象为基础来判断的、通过现实的手段所引起的构成要件迫近的危险,或者在事前就能够认识到的无危险性的情形中,是迫近构成要件的、由立法

[70] Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, 2. Aufl. 2009, § 8. Rn. 11.

[71] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 161.

[72] 当行为对于所侵害的法益是危险的,或者行为人被证实是法益的危险攻击者时,就存在可罚的未遂。参见 Kohlrauch/Lange, StGB 43. Aufl. 1961, Vor. § 43 Anm. 2 und 3.

[73] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 151.

者所评价的不同程度的法动摇的规范违反。”^[74]

一如施密特豪伊泽尔及阿尔瓦特的未遂二元论,罗克辛的结合理论同样将未遂犯的处罚基础建立在二元思维上,也即危险未遂(包括可能未遂与危险的不能未遂)与无危险的(不能)未遂的处罚基础来源不同。前者的处罚基础在于构成要件迫近的危险;后者的处罚基础在于构成要件迫近的、法动摇的规范违反。^[75]有别于施密特豪伊泽尔及阿尔瓦特二元论中的二元地位不分轩輊,结合理论中客观危险性的思维具有绝对的优先地位。^[76]

危险性思维是罗克辛客观归责理论在未遂领域的延伸。对于危险的未遂与无危险的(不能)未遂区分,罗克辛并没有提出什么新的标准,其所援引的依旧是新危险性理论的危险判断标准:一个处于行为人行为时情境下的平均理智水平的观察者,并且附加地赋予观察者行为人所可能具有的特殊认知,然后看该观察者是否严肃地对待结果。^[77]“从事前的角度进行观察,仅当一个未遂真实地创设了一个不被容许的风险亦即该未遂是危险的时候,人们才可以对其实施处罚,《德国刑法典》中处罚无危险不能未遂的规定(《德国刑法》第23条第3款)实际上就是不合适的了”。^[78]所以,即便《刑法》第23条第3款所规定的重大无知的、无危险的不能未遂是以限制处罚的形式(即免除处罚或者减轻处罚)规定的,但处罚无危险的未遂与法益保护原则是不一致的,因而需要删除。^[79]到这里,罗克辛与希尔施的结论是完全相同的。

在客观归责理论危险性思维下,我们确实可以从多个方面排除无危险之(不能)未遂的可罚性。自法益侵害的角度而言,如果行为人没有在客观上制造了不受容许的风险,因而也就无需因法益保护接受制裁。自一般预防的角度而言,无危险的未遂通常就因为客观上不易发觉而为人们所忽略,因而一般预防意义上的刑罚必要性并不充分。更何况,在无危险的未遂中很难证明犯罪的故意,即便可以证明也往往作为一种玩笑或者谈资而已。至于行为人在以后可能会实施具有侵害法益之危险的行为,则只是将处罚基础建立在行为人的身危险性上,但是,在现今行为刑法中,行为人的身危险性不能单独建构不法。

可以肯定的是,客观归责理论与《刑法》第23条第3款对重大无知未遂之可罚性的规定在逻辑上是无法兼容的。如此,罗克辛遇到与希尔施同样的难题——是否承认无危险的(不能)未遂是未遂犯的一种子类型,也即是否承认《刑法》第23条第3款处罚重大无知之未遂的效力。在此,两人的观点分道扬镳。

罗克辛并未像希尔施那样,基于理论的一贯性直接否定《刑法》第23条第3款的效力,而是通过危险的未遂和无危险的未遂的比较,来肯认无危险之(不能)未遂也可能存

[74] Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 1.

[75] Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 10.

[76] 危险性思维占据绝对优先地位的详细原因见 Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 13 - 19.

[77] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 153.

[78] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第76页。

[79] Roxin, Der strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW116 (2004), S. 943

在处罚的空间。两者的共同点是,行为之主观面和特殊预防意义下的需罚性。在行为人之法敌对意志上,无危险之未遂的法敌对意志不见得就比危险的未遂为弱。特殊预防的目的在于阻止行为人继续实施犯罪,在这里有危险的未遂和无危险的未遂并无两样。当行为人根据其对行为的想象着手于构成要件的实现时(即进入了实施阶段),不仅表明了行为人具有实现其犯罪计划的能力,也表明行为人具有实现其犯罪计划的意志。所以,上述的相似性使得我们不能否认,立法者在将无危险的(不能)未遂作为未遂之“不足类型”进行处罚的合法性。^[80]

两者的不同之处在于,行为之客观面(也即客观构成要件方面)以及一般预防意义下的需罚性。危险未遂触及到了构成要件的范围,并且基于行为所制造的危险也需要法秩序作出反应,而在无危险的(不能)未遂中,构成要件逼近的危险仅仅存在于行为人的想象中。换句话说,法益保护的观点并不足以说明制裁无危险未遂之合理性。但是,这绝非意味着无危险之未遂在行为客观面上的“无”。在此,罗克辛转向了“印象理论”对行为之客观面的要求:无论如何,无危险的(不能)未遂扰乱了法和平,扰乱了共同体的法安全感,并由此导致“法动摇的印象”。因此,无危险的未遂是“没有具体危险的扰乱法和平的犯罪”。^[81]例如,向他人投射已被偷偷摘掉引线的手榴弹,虽然不致发生爆炸,但足以激怒公众并且造成不安。

如果能够在法律效果方面充分考虑到无危险的(不能)未遂在法和平的扰乱上较之危险的未遂为小,或者无危险的未遂欠缺法益侵害之危险性,立法者就可以自由决定是否将这种无危险的未遂,视为构成要件上具体化的法和平之侵扰或法动摇的规范违反,从而在原则上肯定其可罚性。德国现行《刑法》第23条第3款重大无知之未遂的规定,便是立法者在无危险之未遂问题上的表态。尽管这种补充性的立法规定并非必然的,却是可能的。^[82]也就是说,如果立法者充分考虑到无危险的未遂欠缺法益侵害性,或者法动摇的印象非常小,在量刑上给予法官充分的自由裁量权(从减轻处罚直至免除处罚),那么在立法上规定不能未遂在原则上可罚,也是可以接受的。

在罗克辛看来,就合理地划定刑罚处罚范围而言,原则上不处罚无危险的(不能)未遂的一元思维(即危险性思维)无疑具有优先性,但是,如果立法者对无危险之(不能)未遂已经通过立法明确表态,就需要尊重立法者的决定。“只要还坚持在宪法的范围内,即便在刑事政策与刑法教义学上不赞同该立法决定,也不应该轻易地不尊重它和无视它”。^[83]这正是罗克辛不惜牺牲理论在逻辑上的融贯性而提出二元结合理论的原因。

罗克辛的二元结合理论的缘由在于,他既看到了一元的主观未遂论和一元的客观未遂论均不足以合理解释现行法律,也看到了印象理论虽然在形式上达成妥协,但实质上隐藏着“法动摇印象”来源的二元性:部分来源于客观的危险性,部分来源于规范违反所产

[80] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 153f, 153.

[81] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 150, 153.

[82] Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29, Rn. 19, 24.

[83] Roxin, Zur Strafbarkeit des untaugl. Versuchs, in: Jung-FS 2007, S. 836.

生的和平侵扰。^[84] 所以,与其勉为其难地在形式上维护实际上并不存在的理论统一,还不如直接将这种分裂性展示出来。但是,如上所述,罗克辛的结合理论,一面是从其所提倡的实质罪责理论出发,主张未遂的处罚基础在于一般预防和特殊预防的需罚性;另一面则借助于两个来源也即行为的客观危险性和法动摇的规范违反导出未遂的需罚性。正如穆尔曼(Murmann)所正确指出的:“危险性归责只是引起一般预防和特殊预防需罚性的一种情形,而这种情形恰恰只有在对公众产生影响时才具有一般预防的意义——到头来终究还是危险行为引起了法动摇的印象。”^[85] 所以,罗克辛的二元结合理论归根到底还是从一般预防的意义上推导出来的。

无危险的(不能)未遂的门槛明显要比危险未遂的门槛为低,处在犯罪圈之边缘。所以,尽管罗克辛的结合理论以危险性思维占据绝对优先的地位,只是辅助性地依据法动摇的规范违反来说明无危险的(不能)未遂的可罚性,但是,对于划定犯罪范围来说,起决定性作用的恰恰不是危险性思维,而是无危险之不能未遂的认定标准。结果,绕了一个大圈子之后,最终确定最低限度之未遂不法的,依旧是印象理论所主张的法动摇的规范违反学说。

最终,结合理论只是将“印象理论”在形式上所掩盖的二元性——即证立未遂之可罚性的印象,部分来源于客观的危险,部分通过规范违反所导致的和平的侵扰——在理论称谓上就暴露了出来。但是,这也不是什么新的见解。在印象理论的内部,也有学者明确指出:“在不能未遂的场合,尽管具体的法益客体并没有受到危险,但是就所保护的法益也通过未遂所确证的效力侵害受到威胁而言,同样具有法益相关性。”^[86] 不难发现,该观点虽然仍将未遂之处罚基础涵括在“法益侵害之危险”下,但是可能未遂之“法益侵害之危险”与不能未遂“法益侵害之危险”中的“法益”并非同一所指。在不能未遂中,“法益侵害危险”中的“法益”更多是一种脱离了构成要件所保护的具体法益,在一定程度上是法和平、法信赖、法效力和规范信赖的同义语,即便仍维系着法益相关性,这种关联也是十分薄弱的。

正如有学者所指出的:(不能)未遂处罚基础的各种理论,在个案中对于需罚性的判断仅仅产生微不足道的差别。因为贝尔茨(Berz)“精神化的法益保护的观点、雅各布斯象征性的规范确证的观点与罗克辛构成要件迫近的、法动摇的规范违反观点在很大程度上是相互重合的”。^[87] 所不同的是,三者在于实证法(尤其是《刑法》第23条第3款)协调时的调整方向。具体而言,罗克辛做的是加法,附加的是原则上可罚的无危险之不能未遂;雅各布斯做的是减法,排除的是原则上不处罚的预备行为;以贝尔茨为代表的精神化的法益保护观点(可等同于印象理论),则通过法益概念的高度抽象化和精神化来维护其形式上的统一性。

[84] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 150ff; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 25ff.

[85] Murmann, Versuchsunrecht u. Rücktritt, 1999, S. 5ff.

[86] Sax, „Tatbestand“ u. Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, S. 432f.

[87] Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61. Aufl. 2014, § 22 Rn. 42a.

四 德国未遂理论的总体回顾与展望

(一) 未遂论之体系意义

客观未遂论存在于(新)古典犯罪论时期。这在体系上与(新)古典犯罪论原则上均不承认主观不法要素相对应,即便新客观论兼顾行为人的特殊认知,也不过是为了个案的妥当处理(问题式的思考),即遵循着原则——例外模式。因此,在客观未遂论下,未遂犯的处罚根据只能从外部的权利或者法益侵害危险出发。问题是,客观未遂论自始至终都未能明确“客观的危险”的内涵是什么。米特迈尔的旧客观危险说(绝对不能与相对不能)因在操作上难以贯彻到底而遭放弃。西佩尔——李斯特脉络下的新客观危险说(具体危险说)以一般人的感受为标准,结论随着判断者的认知或其聪明程度而变化,具有浓厚的主观化色彩,这足以令人质疑其自我标榜的客观未遂论的立场。

在威尔采尔目的行为论基础上发展的个人不法论中,行为的主观面被纳入不法,主观的构成要件要素得到全面承认。今天,无论是在目的行为论者希尔施(新危险性理论)还是在客观归责理论者罗克辛(二元结合理论)那里,行为人的想象或计划已被明确为危险判断的背景。罗克辛明确指出:“该理论称之为‘客观的’是有误导性的。因为每一个‘客观的’理论必须吸收主观因素:任何客观理论,故意和行为人的计划对于未遂的确定都具有重要意义。”^[88] 希尔施则强调:“因为未遂的开始是客观的确定,应更多地取决于行为的危险性,但这需要以行为人的计划为基础。”^[89] 简言之,行为人的主观面成为建构未遂不法的必要条件。

如果我们对费尔巴哈——米特迈尔、李斯特——西佩尔以及罗克辛——希尔施的观点做纵向的历史观察,就不难发现:主观要素在建构未遂不法时从开始完全被排斥经例外纳入到最终被全面承认。与此相适应,在犯罪论体系的变动中,行为人主观面在不法中的地位,也经历了从“无名无分”经“无名有分”到“名分俱有”的提升。可以说,德国未遂论的发展与不法论乃至整个犯罪论体系的变迁相匹配,或者说它本身就是整个变动中的犯罪论体系的重要组成部分。因此,我们也就不应奇怪,如何处理(不能)未遂问题,会倒逼处理者做出刑法基本立场的表态。

(二) 未遂理论与实践的交互影响

刑法理论的发展并不能简化为单纯的逻辑推理,也应考虑到理论与立法和司法实践之间的交互影响。

如上所述,德国刑法有关未遂犯的现行规定是在威尔采尔目的行为论独领风骚的时代背景下形成的。目的行为论对行为无价值尤其是行为主观面的强调自然反映在相应的规定中,这在一定程度上奠定了德国未遂立法主观未遂论的基调。一方面,《刑法》第22条有关未遂定义“行为人对行为想象”的表述直接来源于威尔采尔;另一方面,德国有关

[88] Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Nishihara-FS 1998, S. 156.

[89] Hirsch, Untaugl. Versuch u. Tatstrafrecht, in: Lilie (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme II, 2009, S. 252.

《刑法》第23条第3款对不能未遂的立法,明显表明主观要素占了上风,这与《帝国刑法典》对不能未遂有意不做规定,而放任主、客观未遂论的竞争不同。但是,基于纳粹时期主观未遂论容易沦为意思刑法的教训,立法者同时也要求未遂的成立必须以行为存在客观面为必要(行为着手于构成要件的实现)。立法者如此规定意在表明,行为的主观面和客观面在建构未遂不法时是叠加性的关系,而不是像一元的未遂论所主张的那样是选择性的关系。在严格的法解释论立场下,任何理论如果不想沦为纯粹理论性的逻辑演绎,就必须尊重现行法的规定。

(三)如何对待德国《刑法》第23条第3款

博特克关于处罚不能未遂违反宪法的观点与希尔施处罚无危险的未遂沦为意思刑法的观点,都基于理论的一贯性否定现行法的规定,或者说两者均认为,实证法的规定违反了宪法或者刑法的基本原则。博特克认为,实证法的规定因违反了宪法上的比例性原则和平等对待原则而无效;希尔施认为,处罚重大无知或无危险的未遂违背了行为刑法的原则而无效。

博特克的观点与严格的实证法解释立场不符,既然立法者已经通过现行刑法明确了不能未遂和可能未遂都具有可罚性,那么不能未遂与可能未遂的区别就只存在量差而无质别。也就是说不能未遂并不处在可能未遂的对立面,只是在不法量上的减弱形式,因而也就无需援引宪法上的平等对待原则,因为,“我们当然无法透过法理上的考量而限制立法机关的决定权”^[90]

罗克辛的结合理论同样以希尔施的危险性理论为主要内容,但当面对危险性理论与现行法规定的矛盾时,更多采一种包容性的态度和迂回式的处理:在危险性思维的基础上,例外性地依据法动摇的规范违反来说明无危险之(不能)未遂的可罚性,从而与德国《刑法》第23条第3款相协调。在此,希尔施与罗克辛的区别是对客观要素重视和强调到怎样的程度。希尔施要求主观要素和客观要素并重,否定无危险未遂的可罚性。罗克辛在无危险的未遂问题上,当然认识到主观要素占了上风,但认为希尔施处罚无危险的未遂就沦为意思刑法的论断纯属反应过度。尽管对意思刑法的不同把握是一个见仁见智的问题,但罗克辛的处理更凸显其对实证法一贯的尊重态度。

(四)德国未遂理论的展望

仅仅考虑客观要素的客观理论,与现行法的规定存在矛盾。因为客观理论既没有认识到在德国《刑法》第22条“行为人的想象”之于行为之主观面的意义,也不能解释不能未遂(尤其是无危险的未遂)的可罚性。新危险性理论以新客观论为基础,未遂之危险的判断同样由理性的第三人自事前的视角来确定,所不同的是,在人的不法论的影响下,已经明确纳入了行为人的主观面(也即行为人的想象)作为不法判断的背景,这一点与《刑法》第22条的规定十分契合。但是在面对《刑法》第23条第3款的规定时,这种来源于新客观理论的学说,要么需要否定现行法(希尔施),要么需要自身的修正以适应现行法(罗克辛)。

[90] [德] Roxin:《“客观归责理论”之问题研讨》,许玉秀、郑铭仁译,(台)《政大法学评论》第五十期,第36页。

主观未遂理论虽然持续性地得到司法实践的青睐,不过在理论上不得不正视来自两个层面的质疑。其一,在明确行为的主观面是建构不法的独立的和必要的要素之前提下,未遂之规定也需要通过行为人“直接着手于构成要件的实现”要求客观化。换句话说,即便行为客观面需要根据行为人的想象(德国《刑法》第22条)来确定,但并不能消解该客观化的倾向和要求。其二,行为人所践行的法敌对意志并不能够解释,不能未遂、重大无知未遂、迷信未遂、预备犯的可罚性以及其(如果处罚)在量刑上的差异。因为上述几种行为类型都无一例外地存在着行为人的犯罪意志。就此而言,纯粹的主观论已经失去市场。确切地说,主观的未遂论更多是限制性的主观未遂论——需要承认“直接着手于构成要件的实现”作为未遂犯的客观构成要件。

德国目前司法实践的通行做法是:“以法律文义为指向的、实用主义的处理,也即在‘行为的着手’方面以及在《刑法》第23条第3款的范围内通过考虑客观危险观点来避免纯粹主观未遂论过宽的结论。”^[91]这是在实践理性的指引下比较务实的处理,也充分显示了在主观未遂论的基调下向客观化方向的努力。这表明,在德国现行刑法下,对未遂的处罚需要回溯至主观与客观两个根源。这正是印象理论旨趣之所在,也是其得以流行至今的根本原因。

可以说,“印象理论”是德国刑法理论、立法与司法实践互动与妥协的范例。尽管学说林立纷呈,且对批判印象理论也都不遗余力,但总体而言新近的讨论并无实质性突破。可以预见,若德国现行刑法不做修改,印象理论就不会受到致命威胁。^[92]

五代结语:德国未遂理论的启示

(一)方法论上的启示:未遂理论应着眼于整个不法体系

如上所述,德国有关(不能)未遂之可罚性的持续争论显示了立法、司法实践与理论之间相互缠绕的复杂关系,而“印象理论”可以说是德国刑法理论、立法与司法实践互动与妥协的范例。二百余年来,在未遂理论教义史尤其是不能未遂可罚性的争论上,德国数代刑法学家留下的足迹令人震撼不已。以德国刑法学最为著名和权威的刑法学期刊《整体刑事法杂志(ZStW)》为例,该刊在1881年创刊号就有两篇直接以不能未遂为题目的论文,直到2013年底仍旧有学者对该主题进行讨论。^[93]这其中,我们既能体会到德国刑法教义学的博大精深,也会叹服德国刑法学者为了理论的融贯性对边缘性问题孜孜以求的精神。

当然,这也足以显示出德国刑法学为了体系而体系的理论努力,不可避免地偏离甚至远离实际生活的弊端。在不能未遂的讨论中,有不少案例也只仅仅局限于教学案例。不

[91] Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61. Aufl. 2014, § 22 Rn. 42b.

[92] 相同的看法亦参见劳东燕:《试论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011年第6期,第1243页。

[93] 1881年创刊号中的两篇论文分别是:Geyer, A., Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen, ZStW1(1881), S. 30ff.; v. Buri, Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen, ZStW1(1881), S. 185ff.; 2013年的论文是:Timpe, Untauglicher Versuch und Wahndelikt, ZStW 125(2013), S. 755ff.

过,不能未遂的案件一旦进入司法程序,便足以使一个法律实践家十二分的头疼,也足以使一个法学家兴奋不已。理论者总是偏爱一些边缘性的问题来证明其理论的正确性,以显示其理论的包容性和解释力。近年来在德国刑法学中风头正劲的“客观归责理论”正是集中体现。无论如何,这种优缺点的结合铸造了德国刑法教义学的现状。

在不能未遂问题上,不管立法有无规定,也不管司法实践如何,都是一个在理论上有话可说、有理可辩的话题,因为它更着眼于体系视角的讨论,而不是就事论事。正因如此,理论上对不能未遂的讨论经常给人以醉翁之意不在酒的感觉,它总是不免涉及对(未遂)不法论乃至刑罚论的宏大叙事。这在德国如此,在其他国家或地区也是这样。不能未遂在各国立法和司法中各种各样,使得这一问题持续性地成为比较刑法研究的宠儿。我们学习、借鉴他国刑法理论时,并非一定要得出与其相同的结论。首先需要关注的,毋宁是该问题是如何讨论的,为什么即便是同一学者观点也在不断地修正变化,以及在该问题讨论的过程中,不同学者在说理过程中所表露出的刑法基本立场,及其对实证法和司法实践的态度。

(二) 立场上的启示:未遂理论需要以本国立法为根据

一元的主、客观未遂论在两个不同的方向上为未遂问题的解决提供了多种选择或方案。根据一元的主观未遂论:(1)未遂犯的处罚扩张至预备犯,因为在预备犯中同样存在行为人法敌对意志的实践;(2)未遂犯与既遂犯的处罚相同;(3)原则上处罚不能未遂,等等。而一元的客观未遂论要求:(1)未遂犯的处罚在于行为的危险性,行为局限于构成要件实现的限制上;(2)未遂犯的处罚采必减主义,因为没有构成要件结果的发生;(3)原则上不处罚不能未遂,等等。因此,对未遂问题的处理,应当注意在不同问题上的刑法基本立场的一贯性。例如,有学者一方面主张不能无视我国对预备犯立法的合理性,另一方面却坚持纯粹的客观未遂论。^[94]但是,原则上处罚预备犯的立法是一元的主观未遂论,这在逻辑上与一元的客观未遂论是无法相容的。在此,这种看法需要重新审视其理论立场的一贯性。

在解释论的立场下,理论选择的出发点和标准在于本国现行法的相关规定。对我国目前未遂理论讨论具有支配性影响的是日本刑法学中的客观未遂论,在危险的判断上则聚焦于具有强烈技术性特征的具体危险说与(修正的)客观危险说间的博弈。不过,应当意识到,这些争论的起点是《日本刑法草案》第25条“行为在性质上原本不能使得结果发生时,不得作为未遂犯处罚”^[95]之规定。但客观未遂论与我国的立法规定和司法实践是背道而驰的。

在立法层面,我国《刑法》第21条原则上处罚预备犯的规定,体现出强烈主观色彩的立法倾向;《刑法》第22条对未遂犯原则上处罚且采得减主义的处罚原则的立法,也与客观未遂论在立法上无法协调。与立法相对应,我国的司法实践也原则上肯定对不能未遂

[94] 参见张明楷:《新刑法与客观主义》,《法学研究》1997年第6期,第99页;张明楷著:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第316、334页。

[95] 在日本,尽管该《刑法草案》没能获得通过,但该条是日本实务与学界共识的产物,可以认为该条具有与实证法相当的效力。

的处罚。例如,早在1994年12月20日最高人民法院《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》第17条就指出:“不知道是假毒品而当作毒品走私、贩卖、运输、窝藏的,应当以走私、犯罪、运输、窝藏毒品犯罪(未遂)定罪处罚。”这一司法解释经历1997年《刑法》修改而至今仍然有效,也说明司法实践的态度在修法前后并没有发生变化。^[96] 在2008年8月最高人民法院出台的《人民法院量刑指导意见》中,对于不能未遂之量刑建议也明确指出:“对于未遂犯,应当综合考虑犯罪行为的实行程度、造成损害的大小、犯罪未得逞的原因等情况确定从宽的幅度。实行终了的未遂犯,可以减少基准刑的20%~40%。未实行终了的未遂犯,可以减少基准刑的30%~50%。不能犯的未遂犯,可以在上述相应幅度基础上再减少10%。”因此,在我国的司法实践中,不能未遂并非出罪事由,而只是一种减轻刑罚的情节。^[97] 比如,法院早在“陈荣春故意杀人案”的判决书中即明确指出:“对于辩护人提出的犯罪人使用的农药是否是伪劣产品、投毒剂量是否足以致人死亡等问题,即使成立,亦属于刑法理论上所说的‘工具不能犯’,并不影响犯罪未遂的认定。”^[98]

(三) 避免泛意思刑法主义:在未遂论上应克服情绪化的争论

在本文看来,客观未遂论者认为我国的处罚不能未遂的司法实践沦为意思刑法的观点,显然要比希尔施要走得更远,有泛意思刑法主义之嫌。^[99] 在这种泛意思刑法主义的支配下,“由于主观不法论被等同于行为人刑法意义上的主观主义,这使得国内不少学者视之如敝履,不仅动辄将主观不法论归入主观主义刑法的阵营,而且根本就认为它与行为人刑法是早应该被扔进历史垃圾堆的过时之物。基于此,‘德日派’的不少成员自始便对主观不法论充满警惕之心,连带着也不接受建立在主观不法论基础之上的新古典——目的主义的综合体系”。^[100] 在这一大背景下,主张主观未遂论尤其是肯定不能未遂可罚性的主张也就处在极端边缘的地位——甚至有不少学者理所当然地认为,“从行为人主观面出发的印象理论是主观主义刑法的产物,有沦为意思刑法的嫌疑”。但是,主张未遂的客观面“不以法益侵害或危险为要件,并不等于放弃了行为刑法,因为不法构成要件一定以客观上有行为存在为起码的内容”。^[101] 无论如何,在处罚不能未遂的问题上,意思刑法的指责是言过其实的。

[96] 以不能未遂对毒品类案件处罚的,1997年前的案件,参见南昌铁路运输法院(1993)昌铁刑初字第73号;1997年后的案件,参见广东省揭阳市榕城区人民法院(2001)刑字第119号、广东省湛江市霞山区人民法院(2014)湛霞法刑初字第301号以及甘肃省庆阳市西峰区(2014)庆西刑初字第141号等案件。

[97] 当然,在普通未遂的基础上再减轻10%的幅度是否合理,仍存在讨论的空间。

[98] 浙江省杭州铁路运输法院(1995)杭铁刑初字第135号。案件事实:被告人陈荣春因工作琐事迁怒于被害人陈某某而起报复歹念。同年8月22日上午8时10分许,被告人陈荣春用事先准备好的半小瓶甲胺磷高毒农药(约10毫升),趁蒸饭箱周围无人之机,将农药倒入被害人陈某某待蒸的饭盒内。当日中午11时许,被害人陈某某从蒸饭箱内取出饭盒准备就餐时,因发现饭中有异味而未食用,使被告人陈荣春的企图未能得逞。本案最终以故意杀人罪(未遂)判处。

[99] 参见张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第251页;相似的质疑,参见李立众编:《刑法一本通:中华人民共和国刑法总成》(第十版),法律出版社2014年版,第430页。

[100] 劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报(社会科学版)》2013年第1期,第74页。

[101] 薛智仁著:《参与群殴行为之处罚基础与立法》,台湾大学2002年博士毕业论文,第80页。

此外,从法律继受角度而言,泛意思刑法主义在我国刑法学中得以流行的重要原因,当是我们在引进三阶层理论的同时也裹挟进了弥漫在德国犯罪论发展史中的“政治悲情”。^[102] 这种“政治悲情”最为集中的体现则是德国纳粹时期意思刑法的黑暗史。无疑,有这样的警惕是值得赞赏的,但是将所有重视并强调行为人的主观面、扩张刑法处罚范围的理论均贴上“意思刑法”的标签,则未免因噎废食。这种非理性甚至情绪化的说理方式,既缺乏说服力,也与我国目前的立法与司法实践不符。

[本文为作者参与的 2015 年中国政法大学“刑法教学案例建设项目”(ZYXWWAL1508)的研究成果。]

[**Abstract**] The theory of criminal attempt is not only at the center of the theory of illegality, but also one of the most discussed subjects of the criminal law theory. The subjectivist and objectivist theories of criminal attempt have been competing with each other during the past two hundred years, and the mainstream has been the half-measure “impress theory”, which is a typical example of the interaction and compromise between theory, legislation and judicial practice. Although the “impress theory” can not end the conflict between the subjectivist and objectivist theories of criminal attempt, it is most consistent with the positive law. China should establish its own theory of criminal attempt by taking the provisions on criminal attempt and preparation for a crime in the Chinese Criminal Law as the starting point and treating the current Chinese Criminal Law and judicial practice seriously, rather than blindly following the theory of other countries under the influence of pan-meaning criminal law doctrine.

(责任编辑:王雪梅)

[102] 参见欧锦雄:《德国犯罪三阶层论的政治悲情——一个学术政治背景史的考察》,《法治研究》2011 年第 7 期,第 60-61 页。