

客观的未遂犯处罚根据论之提倡

陈璇*

内容提要：在现代法治国的不法理论框架内，作为主观未遂论之具体表现的计划理论和印象理论均具有不可克服的内在缺陷。主观的未遂犯处罚根据论虽为德国的通说及立法所采纳，但这不仅有其特定的历史原因，而且目前正在受到日益激烈的批判。从世界范围来看，未遂犯论的客观化已成为刑法学发展的趋势和潮流。我国应采纳客观的未遂犯处罚根据论，并以事后查明的行为时全部事实为基础，站在行为时社会一般人的立场来判断法益侵害的危险。

关键词：未遂犯 处罚根据 计划理论 印象理论

一、我国未遂犯处罚根据论的学说争点梳理

在大陆法系刑法学中，未遂犯的处罚根据（Strafgrund des Versuchs）〔1〕是未遂犯理论的基础，它要回答的问题是：刑法对未实现既遂的行为予以处罚的实质理由究竟何在？〔2〕换言之，

* 德国马普外国刑法与国际刑法研究所博士后研究人员。

〔1〕 对于本文所使用的概念，有必要作如下说明：（1）我国学者通常将涉及未遂犯处罚根据的学说称为“不能犯理论”（参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第236页；陈兴良：《判例刑法学》上卷，中国人民大学出版社2009年版，第360页，第367页；陈家林：《为我国现行不能犯理论辩护》，《法律科学》2008年第4期），这显然是受了日本刑法学的影响。由于在日本刑法理论中，不能犯属于不可罚的行为，所以对未遂犯与非罪行为的区分就等于对未遂犯与不能犯的区分。但我国和德国的刑法学通说均认为不能犯只是未遂犯的一个种类。在此，用“不能犯理论”的概念就无法揭示出“罪与非罪的划分”这一中心问题。笔者认为“未遂犯的处罚根据”的概念能够超越各国在不能犯处理上的差异，从而更为准确地凸显问题的核心与实质。（2）本文不主张将以行为人主观认识的危险作为未遂犯处罚根据的学说命名为“抽象的危险说”。因为：第一，在未遂犯论的发展史上，“抽象的危险”并非为该理论所独有。由于旧客观说主张以事后的角度来查明行为是绝对不能还是相对不能，在此不应考虑行为当时的具体事实状态，故德国学者认为该说也是以抽象危险的概念为其基础的（Vgl. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 418—419）。第二，该说的最大特点在于，它以行为人主观计划的内容作为其判断的基础，但“抽象的危险说”并不能体现这一特点。故笔者认为，采用德国刑法学中的“计划理论”（Plantheorie）来概括该说可能更为贴切和准确。（3）本文仅将那些毫无法益侵害危险的未遂行为称为不能犯。有的学者认为，不能犯包括有危险的不能犯（gefährlicher untauglicher Versuch）和无危险的不能犯（ungefährlicher untauglicher Versuch）（参见陈兴良：《判例刑法学》上卷，中国人民大学出版社2009年版，第370页；Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, S. 335—336）。但是，这种分类实际上是首先依据纯粹的事后判断将所有未实现既遂的行为划分为能犯和不能犯，然后又根据行为时的一般人判断将不能犯进一步分为有危险者和无危险者。实际上第一层次的划分并无必要，因为它对于刑法上认定犯罪毫无意义，最终起决定性作用的是第二层次中的危险判断。因此，为了避免概念上不必要的冗杂，应当只将那些从行为时来看并无法益侵害危险的行为称为不能犯。

〔2〕 Vgl. Thomas Maier, Die Objektivierung des Versuchsrechts, 2005, S. 26.

在行为未达到既遂的情况下，区别未遂犯与非罪行为之间的实质性标准究竟是什么？

我国刑法理论通说在谈到未遂犯承担刑事责任的根据时，往往只是从纯粹形式的角度来加以说明。例如，在借鉴日本刑法学中“修正的构成要件理论”的基础上，通说认为未遂犯之所以要承担刑事责任，是因为它符合了经过刑法总则修正了的犯罪构成。不过，通说提出：即便是客观上完全不可能达到既遂的不能犯也成立犯罪，只有迷信犯除外。因为不能犯的行为人对其行为性质与功能的认识完全合乎人类认识的客观规律，若非意志以外的原因出现，犯罪就会按其预想的进程发展到既遂状态；但迷信犯的行为人对其行为性质与作用的认识则是违反常识、超乎自然的，故行为在任何情况下都不会对外界造成损害。^{〔3〕}但是，部分学者在对中、日两国的刑法理论进行比较后发现：在未遂犯处罚根据的问题上，通说所持的实际上就是大陆法系刑法学中的计划理论。该说主张：在认定未实现既遂的行为是否成立犯罪时，应以行为人在行为时认识的事实为基础，从一般人的角度来进行判断；若按行为人主观计划的内容实施行为具有达到既遂的危险，则行为成立未遂犯，反之则无罪。然而，由于该说具有浓厚的主观主义色彩，所以它在日本已基本被抛弃。因此，这些学者以通说有扩大处罚范围、可能导致主观归罪和侵犯人权的缺陷为由，力主将其摒除并以客观的法益侵害危险作为区分未遂犯与非罪行为的标准。不过，正当通说身陷学界猛烈批判之时，人们又突然发现：在作为大陆法系刑法学源头的德国，其理论通说和司法实践在对不能犯的处理方面无论是从思路还是从结论上居然与我国的通说具有高度的一致性。于是，又有学者以此为根据对通说的立场进行了辩护和捍卫，甚至有人明确表示应当借鉴德国刑法学中将法秩序和法和平受到动摇的公众心理印象作为未遂犯处罚根据的印象理论。^{〔4〕}

在未遂犯处罚根据的问题上，我国的通说派和反通说派之间的对立目前主要集中在以下两个问题：（1）从理论本身而言，通说是否存在与法治原则相违背的重大缺陷？（2）从世界范围内的刑法学来说，在由德、日两国分别代表的两种不同倾向中，究竟何者更能体现刑法理论发展的总体趋势？本文将通过分析表明：计划理论和印象理论既无法与现代不法理论和行为刑法原则相契合，也违背了世界刑法理论发展的潮流，故我国刑法理论应当义无反顾地转向客观的未遂犯处罚根据论，并以行为时所有客观事实为基础、从社会一般人的立场来判定行为的法益侵害性。

二、主观未遂犯处罚根据论的内在缺陷剖析

由于未遂犯是构成要件不法（即符合犯罪构成的社会危害性）的一种具体表现形式，因此对未遂犯处罚根据的确定也就与不法论基本立场的选择休戚相关。

（一）现代法治中二元论的真实形象

随着最近十年来日本刑法理论的引入，结果无价值与行为无价值的概念也进入到了中国学者的视野中。由于一元行为无价值论把行为人的主观意志看成是决定不法的唯一要素，而将法益侵害只看成是限制处罚范围的客观处罚条件，这明显违反了行为刑法和法益保护的原则，故没有得到我国学者的赞同。通说倾向于支持兼顾了结果无价值和行为无价值的二元论；而另外一些学者则对二元论进行了批判，并极力倡导一元结果无价值论。但不论是前者还是后者都认为：二元论中的行为无价值是着眼于行为的反伦理性而予以否定的价值判断，故二元论实际上就是对行为的

〔3〕 参见高铭暄主编：《刑法学原理》第2卷，中国人民大学出版社1993年版，第283以下，第329页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第458页，第461页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第157页以下，第168页。

〔4〕 参见陈家林：《为我国现行不能犯理论辩护》，《法律科学》2008年第4期；刘晓山、刘光圣：《不能犯的可罚性判断——印象说之提倡》，《法学评论》2008年第3期。

法益侵害性和社会伦理违反性两方面的折中。^{〔5〕}然而,这种从道德违反的角度来理解二元论中的行为无价值的观点实际上只存在于 Welzel 以及受其影响的老一代刑法学者的理论中,它并不符合目前大陆法系不法理论的发展现状和趋势。

由于受到 Hartmann 道德哲学的强烈影响,行为无价值在其产生之初不可避免地带有极为浓厚的道德主义色彩。该概念的创始人 Welzel 明确指出:刑法最为根本和直接的任务是保护社会道德,只有通过对社会道德的维护才能更为有效地实现法益保护^{〔6〕};行为无价值具有独立于结果无价值的实质内容,不论结果是否最终出现,指向法益侵害的意志行为本身从社会道德上来看也是应当受到禁止的。^{〔7〕}但是,随着人们对刑法中法益概念的日益重视,随着强调法益侵害结果与构成要件之间具有内在紧密联系的客观归责理论不断发展,德国刑法学中的行为无价值在其内容上越来越强烈地依赖于法益侵害,而非道德违反。这主要体现为以下几点:(1)将行为引起法益侵害的现实可能性视为行为无价值的核心要素。鉴于一元行为无价值论曾以结果是否发生纯属偶然为由彻底否定了结果无价值参与构建不法的资格,通说目前强调:只有在客观上能够归责于行为的法益侵害结果才能成立结果无价值;相应地,也只有客观上具有引发结果无价值之可能性的行为才能成立行为无价值。于是,行为无价值就成了一个主客观相统一的概念,除了故意等主观要素之外,它还包含行为的法益侵害性这一客观要素。^{〔8〕}(2)对于旨在从行为无价值的角度出发来限制不法成立范围的社会相当性理论,多数学者主张应当用客观归责和以法益侵害为指导的目的性限缩解释来加以替代。即便是坚持该理论的学者也大都抛弃了 Welzel 的“社会道德”判断标准。^{〔9〕}(3)目前的通说和判例均已否定主观倾向和内心状态属于性犯罪和伪证犯罪的构成要件要素;并且认为主观正当化要素的成立仅以行为人认识到正当化的事实为必要,不要求具备特别的道德动机。^{〔10〕}正是由于德国刑法学中的行为无价值实现了法益侵害化与去道德化的自我更新,所以它才能经受住现代法治中法益保护思想的考验而得以继续存在。同样,在日本,最近的行为无价值论已不再是当年深受 Welzel 理论影响的团藤重光等学者所主张的行为无价值论了,它在主张排除道德主义的立场上和结果无价值论完全一致。^{〔11〕}

由此可见,现代不法理论中的二元论在主张去除伦理道德因素、强调法益侵害对于不法的核心意义方面已与一元结果无价值论基本趋同。无论采取何种不法学说都必须承认:行为具有法益侵害的客观现实可能性是不法不可或缺的一个成立要件。故未遂犯的处罚根据也必须以法益侵害的客观危险为基础。但无论是计划理论还是印象理论,都明显不符合这一要求。

〔5〕 参见黎宏:《行为无价值论批判》,《中国法学》2006年第2期;陈家林:《析我国刑法的基本立场》,《现代法学》2008年第3期。

〔6〕 Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 1—6.

〔7〕 Vgl. Hans Wezel, über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: Festschrift für Eduard Kohlrausch, 1944, S. 105.

〔8〕 Vgl. Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 159, 165; Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 26—27, 50; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 240ff; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2004, S. 105.

〔9〕 Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 297—300; Albin Eser, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 209ff.

〔10〕 Vgl. Tatjanan Hörnle, Strafgesetzbuch: München Kommentar, 2005, § 184f Rn. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Teilbd. 1, 10. Aufl., 2009, S. 191; Schönke/Schröder/Lenckner/Bosch, Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vor § § 153 Rn. 3ff.

〔11〕 参见〔日〕山口厚:《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》,金光旭译,《中外法学》2008年第4期。

(二) 对计划理论的批判

第一，计划理论与现代不法理论中“不法的成立以行为具备客观法益侵害性为必要”的原则无法兼容。撇开一元结果无价值论不说，即便按照二元论的立场也应当承认：除了指向法益侵害的主观故意之外，行为无价值的存在也以行为在客观上具有实现结果无价值的危险为其前提。实际上，德国刑法学长期以来都陷于无法将不法的二元论与刑法典对未遂犯的规定相契合的困境之中。一方面，在对历史上曾经出现的极端一元行为无价值论进行否定之后，二元论自20世纪70年代以来一直居于德国不法理论通说的地位。另一方面，德国现行刑法典对未遂犯的规定却明显秉承了为帝国时期判例所支持的主观未遂论。因为：首先，该法第22条规定：“若行为人按照他对事实的认识，为实现构成要件而开始直接着手实行，则其行为成立未遂犯。”尽管该条款规定了“直接着手实行”这一客观要素，但它强调该客观要素必须以行为人的主观认识为根据，即所谓“按照他对事实的认识”。故行为是否具有法益侵害的属性以及直接着手实行的行为究竟存在与否实际上最终取决于行为人的认识。^[12]其次，该法第23条第3款规定：“若行为人出于严重的无知而未能认识到，根据其实施的行为所针对之对象的性质或行为所采取之手段的性质，未遂根本不能达到既遂，则法院可以免除或者经其裁量减轻刑罚。”据此，即便未遂行为不具备任何客观上的法益侵害危险也同样成立犯罪（迷信犯除外），只是可以酌情减免其刑罚而已。可见，德国刑法典对未遂犯的规定实质上是以计划理论这一主观未遂学说为其根据和基础的。^[13]很明显，由于不能犯在客观上欠缺任何形式的法益侵害危险，所以用二元论就无法说明其不法的根据。对此，许多学者只好无奈地认为，仅由行为的意图无价值所构成的不能犯并非刑法中不法的典型，它只是一种极为例外的情况^[14]；而越来越多的学者则直接否定了刑法这一规定的合理性。^[15]由此可见，计划理论与现代不法理论的基本价值取向之间有着不可调和的尖锐矛盾，两者根本无法共存。

第二，计划理论必然导致主观归罪。所谓主观归罪，是指即使事实上不存在侵害法益的客观行为，也可以仅凭行为人的主观态度或危险性格来予以定罪。计划理论用以决定犯罪成立与否的唯一标准是存在于行为人头脑中的认识和计划的危险性，在此毫无客观法益侵害危险的立足之地。需要注意的是，尽管计划理论也要求未遂犯的成立以客观行为的存在为必要，但它对行为属性的确定却并非以客观行为自身，而是完全以行为人个人的主观计划为依据。换言之，即使行为从客观上来说完全欠缺法益侵害的可能，但只要从行为人的设想来看它具有实行行为性，也可以认定实行着手的成立。^[16]于是，罪与非罪的界限也就完全取决于行为人的主观计划是合理还是可笑，是科学还是荒谬。

我国有学者辩解说：计划理论并不会导致主观归罪，因为“同样的一种行为因行为人的主观

[12] Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Teilbd. 2, 7. Aufl., 1989, S. 43; 前引[8], Jescheck/Weigend书, 第531页; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, S. 599.

[13] Vgl. Thomas Weigend, Die Entwicklung der deutschen Verbrechenlehre, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 115—116; Hans Joachim Hirsch, Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS—Strafrechtsdoktrin, in: ders., Strafrechtliche Probleme, Bd. II, 2009, S. 292.

[14] Vgl. Hans-Joachim Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 73; Günther Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 192; 前引[8], Gallas文, 第159页。

[15] Vgl. Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: ders., Strafrechtliche Probleme, Bd. II, 2009, S. 261—262.

[16] 参见前引[13], Hirsch文, 第286页。

意图不同,性质也自然就发生变化。例如,同样是打击对方,如果出于伤害的故意就是故意伤害行为,如果出于正当防卫则是正当行为。再如,法警执行死刑的行为因无犯罪故意,故不是杀人行为,而其他入同样剥夺他人生命的行为则是杀人行为。……行为人意欲杀人,本想使用砒霜,但由于认识上的错误使用了白糖,这种基于犯罪意图下的行为就是犯罪行为,与单纯给他人食用白糖的行为有着本质的区别。”〔17〕但这一反驳理由大有值得商榷的余地。其一,故意伤害与正当防卫、故意杀人与合法执行死刑的区别不仅在于行为人主观意图上的差异,而且在于客观行为属性的不同。故意伤害与故意杀人在客观上具有侵害法益的性质,而正当防卫与合法执行死刑则在客观上保护了更为优越的法益。因此,这两类行为首先在客观上就能够被区分开来,它们在性质上的差异绝不是主观意图单独所能造就的。其二,犯罪意图和在该意图指引下所实施的客观行为是不法当中两个相对独立的判断对象。如果说“基于犯罪意图下的行为就是犯罪行为”,那就实际上是将主观意图作为确定行为属性的唯一标准,从而取消了客观行为自身的独立意义、否定了行为的客观法益侵害性(即实行行为性)对于不法之建构的基础性作用。故该论断无论是在将客观行为与主观故意视为两类构成要件要素的德、日等国,还是在强调客观危害行为与犯罪故意分属犯罪构成的两个方面的我国都是难以成立的。总而言之,“如果某一行为只有在添加了尚未被客观化之行为入想象的情况下才能展现出来,那么它并不值得引起社会的关注;如果人们将它说成是未遂犯,那就等于是处罚想象而非行为。”〔18〕

第三,计划理论在解释迷信犯不可罚的根据时无法自圆其说。计划理论一般是以主观要素的欠缺为依据来论证迷信犯的不可罚。即迷信犯之所以不成立犯罪,是因为行为人的主观意图是以某种根本不属于现实存在、完全超出了人类影响范围的力量为其基础的,他所认识到的也并不是在构成要件上可以实现客观归责的事实,故迷信行为缺少成立未遂犯所要求的主观故意。〔19〕但是,这种解释明显违背了现代刑法学关于犯罪的判断应当严格遵循从客观到主观这一顺序的原理。“法治国的刑法是行为刑法(Tatstrafrecht)。它所得出的结论之一就是,归责的根基和重点原则上必须在于客观方面。”〔20〕同时,从刑事诉讼中调查取证的角度来看,对客观事实的查明明显比对主观心理要素的把握更为容易和可靠〔21〕,因此在认定顺序上前者应当先于后者。我国的通说对于这一点也是赞成的,并据此对传统的四方面犯罪构成要件采取了先客观后主观的排序。〔22〕更何况,故意的认识对象正是客观的构成事实。如果说在迷信犯中行为人所认识到的是完全不可能实现犯罪的事实,那就说明构成要件意义上的客观行为也根本不存在。因此,迷信犯不可罚的理由并不在于主观犯罪故意的欠缺,而在于客观实行行为的不存在。由此进一步推论,其他毫无法益侵害危险的不能犯虽然具有犯罪故意,但它们与迷信犯一样在客观上缺少构成要件意义上的实行行为。所以,不能犯也理应在先于主观要素的客观不法认定阶段就被排除出犯罪成立圈之外,而不是像计划理论那样对迷信犯和其他不能犯区别对待。

第四,计划理论不符合我国刑法的规定。首先,无论是从刑法第2条关于我国刑法的任务是“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”的规定,还是从刑法第13条关于犯罪的定义来看,我国刑法都是以法益侵害思想和行为刑法原则为基石的,单纯的主观犯意绝非刑法惩处的对象。其次,刑法

〔17〕 前引〔4〕,陈家林文。

〔18〕 Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), S. 764.

〔19〕 Vgl. Rolf Dietrich Herzberg, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, GA 2001, S. 268-269.

〔20〕 Winfred Hassemer, Professionelle Adäquanz, wistra 1995, S. 43.

〔21〕 Vgl. Wolfgang Frisch, Straftat und Straftatsystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 186.

〔22〕 参见高铭暄等主编:《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第69页。

第 23 条第 1 款规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。”很明显，我国刑法并未如德国刑法第 22 条那样强调实行着手应以行为人的主观认识为其判断标准。故我国刑法所说的“着手实行犯罪”并非单纯以行为人的主观计划为根据，而是必须包含行为在客观上的法益侵害危险。

第五，所谓标准统一、简单易行的优点不能成为坚持计划理论的充分理由。我国有学者指出：计划理论最大的优点在于标准统一。作为理论上的探讨当然可以百花齐放、百家争鸣，但若成为司法实践所能接受的观点，该学说就必须具有明确性，结论必须具有唯一性，否则就容易造成执法中的不公。计划理论由于判断标准简单实用、结论唯一所以正好符合上述要求。^[23]但是：首先，某一学说能否得到肯定，其首要标准是它在现代刑法理论和立法规定的框架内是否具有基本的合理性；在理论探讨中，不能为了换取实用性而牺牲科学性。如前所述，计划理论既存在理论上的重大缺陷，又与我国刑法的规定相冲突。因此，无论它如何简便易行，也不应得到采纳。其次，计划理论虽然从其理论构造上来说比各种客观学说要显得简洁明快，但是在实际操作中，与对客观外部事实的调查相比，对行为人主观计划的取证和认定明显更为困难和不确定。可见，计划理论在司法实践中是否真的能做到简单划一、公平合理，还值得怀疑。

（三）对印象理论的否定

印象理论（Eindruckstheorie）的实质思想由德国学者 Arnold Horn 于 1900 年首倡，随后得到 v. Bar 和 v. Gemmingen 的进一步发展。自 Mezger 于 20 世纪中叶将之加以明确化地总结和表述之后，印象理论的支持者与日俱增，最终成为德国刑法学界的通说。^[24]该说认为：只有当行为人对其法敌对意志的实施能够动摇公众对于法秩序有效性的信任及其法和平感觉时，才能成立可罚的未遂犯。可见，印象理论主要由以下 3 个要素所组成：（1）法敌对的意志；（2）对法敌对意志的付诸实施；（3）对意志的实施能够使公众产生法信任和法和平感受到动摇的印象。其中，前两个要素与计划理论的内容完全相同。印象理论的支持者最引以为豪的是：该说通过引入“法动摇的印象”这一社会心理学上的客观标准从而对以往广受指责的主观未遂论进行了限制，并由此创造出一种综合了主客观两方面的折中未遂论。^[25]然而，只要我们仔细加以分析就会发现，印象理论实际上具有难以克服的致命缺陷。

首先，印象理论并未对主观未遂论进行实质性的修正，“印象”的外衣无法掩盖该说与计划理论在本质上的一致性。第一，印象理论和计划理论一样均将行为人付诸了实施的犯罪意志视为未遂犯不法的首要根据。尽管印象理论补充了法动摇印象这一看似客观的要素，但该要素不涉及任何独立于主观意志之外的客观法益侵害危险，它体现的只是外化了的的行为人意志内容对社会心理造成的冲击。换言之，所谓“公众的法动摇印象”仍然是产生于主观犯意的危险，而非源自于客观行为的危险；它与计划理论以一般人为标准对行为人主观计划的危险性进行判断的做法并无本质差别。第二，从处理结论上来说，印象理论主张除迷信犯之外的所有不能犯皆可罚，这与计划理论的观点完全一致。印象理论为未遂成立设定的客观条件只是行为对社会公众心理造成的影响，而非具体的法益侵害危险。故即使行为在客观上毫无造成法益侵害的现实可能性，但由于“行为人已表现出他实施行为的能力，并且结果的不发生只是出于偶然原因”，所以它仍然能够对

[23] 参见前引 [4]，陈家林文。

[24] Vgl. Rainer Zaczky, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 21ff; 前引 [2]，Maier 书，第 160 页以下。

[25] Vgl. Edmund Mezger, Strafrecht AT (Studienbuch), 1960, S. 215—216; 前引 [12]，Maurach/Gössel/Zipf 书，第 22 页；前引 [8]，Jescheck/Weigend 书，第 514 页；Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vor § 22 Rn. 22ff.

公众的法和平感产生动摇。^[26]由此可见,印象理论实际上并不是真正意义上的主客观折中说,因为它和计划理论一样抛弃了客观未遂论中最为核心的要素——行为的客观法益侵害危险。^[27]正是由于“印象理论与主观的未遂论相比并未实现真正的进步”^[28],所以它必然继承了计划理论所具有的各种弊端。

其次,由其标准的模糊性和抽象性所决定,印象说无法成为严格意义上的教义学理论。如果说印象理论所谓的“行为给公众造成了法秩序受到动摇的印象”是指行为对公众的安全感造成了伤害的话,那么刑法解释者就应当以中立的态度展开实证研究,即对经历过该行为的见证人进行寻访。但实际上绝大多数赞同印象理论的学者都强调,该理论绝不意味着应对公众安全感遭受的现实损害进行经验和实证的调查,而是应当从规范的角度判断何种行为可能会对法感情产生动摇。^[29]这样一来,印象理论就成了一个毫无实证基础、根本无法进行学理论证的空洞公式,人们甚至可以以它为名任意地得出自己想要的结论。

再次,印象理论与现代犯罪论难以实现真正的契合。在德国刑法学中,印象要素在犯罪论体系中的具体定位一直是一个不太明确的问题。有人曾设想将之归入客观处罚条件或量刑之中,但大多数学者都认为印象要素属于不法的客观构成要件要素。但是,一方面,现代犯罪论中的不法是以侵害特定法益的各个具体犯罪为其表现形式的,它的组成要素并不包括“对整体法秩序的侵犯”。另一方面,从“公众的法动摇印象”这一要素可以看出,印象理论实际上是从一般预防的思想出发来确定对未实现既遂的行为是否有惩罚的必要。因此在它看来,决定不法成立与否的关键不在于构成要件所确立的犯罪类型,而在于实现刑罚积极一般预防的现实需要。^[30]所以,如果把法动摇的印象视为不法的要素,那就等于是将一个纯粹出于一般预防之考虑、凌驾于具体犯罪类型之上的抽象概念引入到了不法要素当中,这是无法被接受的。毕竟,“迄今为止,刑法教义学有理由谨防那种直接从刑法的‘终极根据’中推导出教义学具体问题之解决方案的做法。”^[31]

最后,印象理论并未揭示出未遂犯的特有属性。因为预备犯和既遂犯同样是给人们造成了法秩序受到动摇之印象的行为形态。因此,划分它们和未遂犯之间界限的标准,归根结底并非印象要素,而是具体构成要件的实现程度。^[32]

还有一个问题需要特别加以说明。有的学者认为,对迷信犯以外的不能犯均予以处罚是国民法感情的要求,而只有主观的未遂犯才能满足该要求。^[33]这一说法值得进一步研究。的确,作为一种面向社会大众的行为规范,刑法的解释与适用应当力图与一般国民的正义情感保持一致;而且在刑法具体问题的研讨中,中外学者也时常会自觉不自觉地法感情(Rechtsgefühl)作为

[26] 前引 [8], Jescheck/Weigend 书, 第 530 页。

[27] 参见前引 [24], Zaczek 书, 第 22 页; 前引 [2], Maier 书, 第 27 页; 前引 [13], Hirsch 书, 第 297 页。

[28] 前引 [2], Maier 书, 第 170 页。由此可见,某些学者认为印象说与新客观说(具体的危险说)基本一致的看法(参见 [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 229 页)是不准确的。因为:第一,虽然这两种学说都离不开社会一般人的心理这一判断标准,但二者的判断资料却完全不同。印象说是以行为人的意志内容为对象所进行的社会心理判断,而新客观说则是以行为时一般人或行为人认识到的客观事实为对象所进行的法益侵害危险判断。第二,两种学说的结论也不尽一致。印象说只承认迷信犯不可罚;但由于新客观说立足于行为的法益侵害性,所以在它看来,除了迷信犯之外,根据一般人的观点毫无法益侵害危险的不能犯也同样不可罚。应该说,印象说与计划理论才是基本相同的两类观点。

[29] 参见前引 [13], Weigend 文, 第 122 页。

[30] 参见前引 [2], Maier 书, 第 169 页。

[31] 前引 [13], Weigend 文, 第 122 页。

[32] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, S. 347; 前引 [15], Hirsch 文, 第 248 页。

[33] 参见前引 [4], 陈家林文, 第 127 页。

衡量某一学说妥当与否的标准。但不容忽视的是，作为大众感觉和情绪的一种表现，作为与社会道德观念紧密相联的心理现象，法感情毕竟带有很大的易变性和模糊性。现代法教义学和法社会学尚未发展出准确测定法感情的可行方法。这就难免出现人言言殊的现象。例如，有的学者认为法感情要求处罚不能犯；但实际上也有学者主张，对不能犯加以处罚其实是违背普通人的感觉和经验的。^{〔34〕}可见，“虽然一直都有人声称有必要对无危险的未遂也加以处罚，但这一要求并未在经验事实上获得证明”，它只是“徘徊于法感情的灰色地带之内。在这一灰色地带中，面对处罚某一绝不可能引起结果发生的行为对于维护规范效力而言是否真有必要的问题，我们给不出令人信服的意见”。^{〔35〕}因此，笔者认为，至少当刑法理论为有可能扩大处罚范围的某种学说寻找理由时，不应随意求助于法感情的概念。

可见，在法治国背景下的现代不法理论中，试图依靠计划理论和印象理论来合理说明未遂犯处罚根据的做法本身就是一种无法实现目的的“不能行为”。

三、未遂犯处罚根据客观化的世界趋势考察

晚近以来，德、日刑法学知识对我国规范刑法理论的影响日益广泛和深刻。对于中国学者来说，在日本刑法学已明确采取客观未遂犯论的情况下，另一个大陆法系刑法的代表——德国在该问题上的态度和立场似乎就显得格外引人注目。由于德国的现行立法和通行理论采纳了主观的未遂犯论，故我国持通说观点的学者据此认为：“日本式的不能犯理论……在世界上不具有代表性，仅仅只是一国基于自身国情的特殊选择”。^{〔36〕}但是，通过将德国未遂犯论的演进历程置于比较法的视野下进行考察，笔者认为这一论断不能成立。

（一）德国未遂犯论发展史的本来面貌

德国的未遂犯论虽然确实经历过由客观向主观的变迁，但这种转变的背后有着特殊的历史原因；目前在对主观未遂论进行反思和比较刑法学纵深发展的影响下，德国刑法学界已明显呈现出向客观未遂论立场回归的趋势。具体而言，德国未遂犯论的发展主要经历了以下4个时期：

1. 客观未遂论占支配地位的时期。在纳粹政权建立之前长达50余年的时间里，尽管帝国法院在 v. Buri 的推动下支持主观的未遂论，但深受以 Binding 和 Beling 为代表的自由主义和法益保护刑法观影响的理论界却几乎完全一致地坚守着以行为的法益侵害危险为基础的客观未遂论。那个时代的所有重要刑法学家，如 v. Liszt、Eb. Schmidt、Frank、v. Hippel、Kohlrausch 和 Mezger 等均从法治国和行为刑法原则的高度对主观未遂论进行了批判。在这一时期，先是由 Mittermaier 等人提出了以事后判断为根据区分绝对不能和相对不能的旧客观说（ältere objektive Theorie）；随后，该说逐渐被由 v. Liszt 和 v. Hippel 发展起来的以行为时一般人之判断为基础的新客观说（neuere objektive Theorie）所取代。

2. 未遂犯论被迫从客观转向主观的时期。随着1933年第三帝国的建立，由 Schaffstein 和 Dahm 等一批基尔学派（Kieler Schule）的学者所倡导的意志刑法理论（die Lehre vom Willensstrafrecht）一时间甚嚣尘上，一跃成为纳粹德国刑法学的指导思想。该理论抛弃了国家刑罚的启动必须以法益侵害的存在为前提的原则，主张行为人的义务违反才是刑法判断的中心。在这种历史背景下，理论界在未遂犯的问题上纷纷倒向主观立场也就在所难免了。

〔34〕 参见前引〔19〕，Herzberg文，第257页。

〔35〕 前引〔13〕，Weigend文，第128页。

〔36〕 前引〔4〕，陈家林文。

3. 战后客观未遂论的沉寂时期。1945年希特勒政权覆灭之后,在相当长的一段时期内,除了 Spendel 等个别学者之外,整个德国刑法学界并未回复到 1933 年以前的立场,而是依旧保持着主观未遂论几乎一统天下的格局。究其原因,当代德国学者认为有如下几点:(1) Welzel 行为无价值理论的影响。Welzel 以道德评价为内容的行为无价值论的广泛传播,使得抛开法益侵害结果而仅将意志活动作为不法构成要件的观点成为可能,也使得主观未遂论在意志刑法已遭到唾弃的情况下找到了新的理论根据从而能够得以继续存在。正如曾参与战后新刑法立法讨论的 Gallas 所言:“如今的主观未遂论已不再是转向思想刑法的体现,而是主张应从纯粹结果无价值判断转变为与目的主义相联之行为无价值判断的新的不法观所产生的结果。在我们看来,刑法中不法的核心不再是法益侵害,而是对指向某一犯罪结果之意志的付诸实施。……站在行为无价值的立场上,仅具有主观危险性的不能犯也是违法的行为,而非纯粹的意志活动,因为即便在不能犯中,行为人也对指向犯罪结果的意志付诸了实施。”^[37](2) 特殊预防理论的推动。根据该理论,如果行为人通过其犯罪未遂表现出其法敌对的思想态度即行为人的危险性(Gefährlichkeit des Täters),那么就应当予以处罚。当该理论被过分强调之后,人们便逐渐将刑法的观察重点从行为转移到了行为人身上,并由此为在法益侵害的危险现实发生之前就滥施刑罚铺平了道路。(3) 法益观念的变迁。受到 Welzel “应通过保护基本社会道德的行为价值来保护法益”这一命题的影响,德国刑法学界曾一度掀起法益概念精神化的浪潮。于是,刑法所保护的法益不再是为个人所具体占有的生命、健康和财产等,而是抽象的社会价值。据此,对于刑法来说,关键并不在于行为人是否成功地对特定的法益客体造成了损害,而是在于行为是否对作为社会价值的法益表现出了蔑视的态度。但无论如何,客观未遂论的长期沉寂归根结底还是与国家主义和道德主义刑法观在战后的德国未遭彻底肃清的历史事实密切相关。^[38]正是基于以上原因,当时的学界似乎一致认为,客观未遂论与主观未遂论之间的争论“实际上早已做出了有利于主观说的决断。故客观未遂论已显得不合时宜了”(Bockelmann 语)。^[39]所以,1954 年为制定新刑法典而设立的大刑法委员会(Große Strafrechtskommission)、此后出台的 1962 年刑法典草案(E 1962)和 1966 年刑法典备选草案(AE)以及最终于 1975 年颁行的新刑法总则都无一例外地站在了主观未遂论一边。只是为了避免由于对不能犯一概加以处罚而导致极不合理的处理结果,故新刑法总则为严重无知情况下的不能犯设置了可以减免刑罚的规定。尽管自 70 年代末以后,理论界普遍试图通过引入印象理论而从客观方面出发对主观的未遂论进行一定的限制,但如前所述,该理论在实质上仍然没有脱离主观说的窠臼。

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

[38] “二战”结束之后,虽然占领德国的盟军当局在政府机关中对纳粹主义势力进行了肃清,但是大学领域内的纳粹主义思想却在“高校自治”(Hochschulautonomie)传统的庇护下未能得到彻底的清算。大批曾经参与建构纳粹主义刑法体系的著名学者,如 Dahm、Schaffstein、Henkel 和 Welzel 在短暂去职后又很快于 20 世纪 50 年代初重返大学教席,并对战后德国刑法理论的通说产生了极大的影响。正是因为如此,至少到 60 年代末期为止,德国法律系学生在课堂上接触到的包括未遂犯论在内的德国刑法学通说和其 30、40 年代的学长们所听到的,并没有什么本质差别。实际上,直到 20 世纪 80 年代,随着当年的大师们先后辞世或引退,以 Ingo Müller 于 1987 年出版的名著《可怕的法律人》(Furchtbare Juristen)为标志,德国刑法学界才开始了对纳粹时代刑法学的全面反思和深入批判。参见郑逸哲:《德国刑法学者与纳粹主义》,载《现代刑事法与刑事责任——蔡墩铭先生六秩晋五寿诞祝寿论文集》,台湾刑事法杂志基金会 1997 年版,第 798 页;Vgl. Ingo Müller, Furchtbare Juristen, 1987, S. 237—240。正如下文所述,客观未遂论的逐渐复苏也恰好始于这一时期。

[39] 前引 [37], Große Strafrechtskommission 书,第 171 页。

4. 客观未遂论逐渐复兴的时期。以法益侵害危险为基础的客观未遂论真正重回人们的视野是 80 年代中后期的事情。在 1985 年法兰克福第 20 次德国刑法理论大会和 1988 年德国与日本刑法研讨会上, 德国学者通过比较研究发现, 在先前曾深受德国刑法及其理论影响的国家中, 绝大多数均已采取了客观未遂论。受到这一事实的触动, 以及随着对纳粹时代刑法思想的反思日渐深入和自由主义法治国观念的广为接受, 随着以法益侵害为基石的二元不法论日趋完善, Bottke、Hirsch、Köhler、Weigend、Zieschang 和 Zaczyk 等越来越多的学者对刑法典第 23 条的规定和以主观说为核心的印象理论进行了批判, 并且明确主张未遂犯的处罚根据除了主观犯意之外还必须包括行为的客观法益危险。^[40] 即便是当年曾参与拟定刑法典备选草案、也曾支持过印象理论的 Roxin 最近也提出了偏向于客观未遂论的意见。他认为: 由于受到刑法典第 23 条的制约, 所以我们在解释论上不得不承认毫无危险的不能犯的处罚根据只能是单纯的规范违反; 但从总体而言, 未遂犯的处罚根据首先还是在于行为制造了法所不容许的法益侵害危险。同时从理论上来说, 对无危险之不能犯的可罚性予以彻底否定也确实有着充分的理由。^[41]

由此我们可以得出以下结论: (1) 德国刑法理论在上个世纪 30 年代之所以出现了从客观未遂论向主观未遂论的转变, 并不是或并不主要是像有的学者所言因为“考虑到该种学说(即客观未遂论——引者注)与德国犯罪率上升的时代背景不相适应, 与民众的法感情不相吻合”,^[42] 而是由于第三帝国建立后为纳粹主义意识形态服务的意志刑法理论的崛起。换言之, 这种理论上的转向并非基于学术思想的自然发展, 而是基于特殊历史政治原因的介入。(2) “二战”结束后的约 30 年间, 主观未遂论之所以能继续统治学界, 其原因固然很多, 但究其根源仍然是因为与纳粹意识形态相亲近的国家主义、主观主义和泛道德主义的刑法观没有得到彻底清算。因此, 尽管我们习惯性地认为, 作为老师的德国刑法理论注定要比日本刑法学更为超前; 但在未遂犯处罚根据的问题上, 与其他大陆法系国家相比, 德国目前的立法和通说实在算不上先进, 甚至还有德国学者直接斥之为“纳粹刑法留下的残余”。^[43]

(二) 比较法视野下未遂犯论的基本潮流

采取客观未遂论并非个别国家基于特殊国情的产物, 而是世界刑法发展的基本趋势。

第一, 大陆法系的大多数国家已经要么在立法中, 要么在刑法解释中采纳了以实现具体构成要件或引起法益侵害结果的危险为根据的客观未遂论, 并由此认为不能犯在很多情况下不可罚。(1) 根据奥地利刑法典第 15 条第 3 款的规定, 如果出于法律上或者事实上的原因, 即由于行为人欠缺某种必要的主体资格或者由行为方式及行为客体的性质所决定, 行为在任何情况下都绝不可能达到既遂, 那么应当否定未遂行为的可罚性。很明显, 该规定是将客观法益侵害的危险性作为未遂犯的处罚根据。至于说如何判断行为是否绝对不可能侵害法益, 学界的通说曾经认为应以知悉了行为人犯罪计划的平均观察者的看法为标准; 但自 20 世纪 80 年代后期开始, 至少对于客体不能的判断而言, 奥地利最高法院和刑法理论已经转向了更为彻底的客观立场, 即主张危险判

[40] 参见前引 [13], Weigend 文, 第 113 页以下; 前引 [2], Maier 书, 第 124 页以下; 前引 [13], Hirsch 文, 第 286 页以下。

[41] 参见前引 [32], Roxin 书, 第 335 页以下; Roxin, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, in: Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 831, 834.

[42] 参见陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》, 载陈兴良主编:《刑事法评论》第 20 卷, 北京大学出版社 2007 年版, 第 467 页。

[43] Hans Joachim Hirsch, Zur Behandlung des „Versuchs“ de lege lata und de lege ferenda, in: ders., Strafrechtliche Probleme, Bd. II, 2009, S. 278.

断的基础事实并非一般人认识的事实，而是客观上存在的事实。^[44]（2）在瑞士，虽然颁布于1937年的刑法典第22条与德国刑法典一样均以主观的未遂论为基础，主张对无法益侵害危险的不能犯也予以处罚，但目前理论界已对此展开反思与批判，并逐渐倾向于支持客观未遂论。^[45]（3）依照意大利刑法典第56条I和第49条II的规定，只有当行为毫无疑问地以犯罪事实的实现为其目标，并且具有实现犯罪的可能时才能对之加以处罚。刑法学界一致认为：现实存在的客观法益侵害及其危险是刑罚介入的首要前提，由于不能犯体现的仅仅是行为人的危险性和法敌对意志，故不应予以处罚。至于说未遂行为是否可能实现犯罪，应当以行为时一般人认识到以及行为人特别认识到的事实为基础，站在一般人的立场上来进行判断。^[46]（4）西班牙1995年新刑法典与旧刑法典相比的最大变化是确立了不能犯不可罚的原则。新刑法典第16条以客观的未遂论为基础明确规定，只有在客观上能够引起结果发生的行为才具有可罚性。学界普遍认为，对于客观危险的具体判断应当采取行为时一般人的标准。^[47]（5）荷兰刑法第45条和比利时刑法第51条均规定，未遂与预备之间的界线应完全从客观的角度来加以认定；绝对的不能犯不成立犯罪。^[48]（6）土耳其于2005年起施行的新刑法典第35条一改旧刑法典的主观立场，明确规定只有“能犯的行为”才能成立未遂犯。故从客观的一般理性人的角度加以判断的法益侵害危险是未遂犯成立的必备要件。^[49]（7）在巴西，无论是刑事立法还是学界通说均对未遂犯的成立采取了严格的客观解释立场。^[50]此外，值得注意的是，美国的审判实践对未遂犯的认定也采取了客观标准，并主张在“法律不能”（legal impossibility）和“显著不能”（apparent impossibility）的案件中承认不能犯不可罚。^[51]正因为如此，德国学者感叹本国关于未遂犯的通说和立法在世界范围内已经沦为了少数派。^[52]

第二，虽然在日本未遂犯论的发展史中确实存在两个事实：一是刑法理论萌芽时期客观说的强大影响力；二是战后经济高速发展与治安相对稳定的国情。但这并不足以说明客观未遂论只是日本一国依据其特殊国情所作的选择。因为这两个事实至少也存在于德国未遂犯论的发展历程中。其一，如前所述，从19世纪末到1933年以前，客观未遂论在德国刑法理论界也同样占据着绝对性的支配地位。其二，从“二战”后的50年代开始到1973年世界油价危机为止，联邦德国和日本一样也经历了长达20余年的经济飞速发展期和治安稳定期。^[53]由此可见，日本在理论传统和经济社会状况方面并不具有独特性，因此这两方面的事实也不可能成为客观未遂论兴盛的决定性因素。笔者认为，未遂犯处罚根据论在世界范围内向客观立场倾斜的根本原因在于以人权保

[44] Vgl. W. Platzgummer, Die „Allgemeinen Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurf, in: JBl 1971, S. 246; Kienapfel-Höpfel, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, S. 146; Helmut Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, S. 258ff.

[45] Vgl. Hans Schultz, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts I, 4. Aufl., 1982, S. 270; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, 3. Aufl., 2005, S. 306f.

[46] Vgl. Aurelia Colombi Ciacchi, Italien als Vorbild? - Für die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs, in: Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 4, 8ff, 17.

[47] Vgl. Heike Jung, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs - ein Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht, ZStW 117 (2005), S. 942; Jose Cerezo Mir, Versuch und die Auffassung des Unrechts im neuen spanischen StGB, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 135ff.

[48] 参见前引〔8〕，Jescheck/Weigend书，第528页。

[49] Vgl. Claus Roxin/Osman Isfen, Der Allgemein Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches, GA 2005, S. 239.

[50] 参见前引〔8〕，Jescheck/Weigend书，第528页。

[51] 同上注。

[52] 参见前引〔13〕，Hirsch文，第293页。

[53] Vgl. Marie-Luise Recker, Geschichte der Bundesrepublik Deutschlands, 3. Aufl., 2009, S. 30ff.

障为核心的自由主义法治国刑法观的深入人心，在于人们愈加深刻地认识到：即使在犯罪现象日益复杂的现代风险社会中，“尤其对于法治国来说，行为原则（Tatprinzip）丝毫没有过时，它构筑起了一座抵御国家恣意超越刑罚必要性和适当性的界限而侵入公民自由的堡垒。”〔54〕

四、客观未遂犯处罚根据论的基本构造探究

根据以上分析可以得出结论：应当毫不动摇地从客观法益侵害危险中去寻找未遂犯的处罚根据。不过，在客观未遂犯论的立场之下，关于如何判断法益侵害危险的问题，理论界还存在分歧。有的学者支持纯客观说，主张应以行为时存在的全部客观事实为基础，从科学的立场根据客观因果法则来进行判断。〔55〕但也有学者赞成新客观说，认为应以行为时一般人认识到和行为人特别认识到的事实为基础，从一般人的立场来加以判断。〔56〕笔者认为，危险的有无应以行为时存在的所有客观事实为资料，并站在行为当时社会一般人的立场来加以判断。

（一）判断资料：行为时的全部客观事实

法益侵害危险判断的客观性表现为它是建立在客观事实而非主观认识基础上的规范预测。因此，危险判断的资料必须是经事后查明的行为时存在的全部客观事实。新客观说在确定危险判断资料时所采取的“一般人认识 + 行为人特别认识”的认定模式缺乏合理性。理由如下：

第一，“一般人认识 + 行为人特别认识”的模式使得不法中的客观要素与主观要素相混淆。新客观说的事实认定方法与相当因果关系说和客观归责理论是一脉相承的。毫无疑问，行为的法益侵害危险是不法的客观要素，而所谓客观要素就是与行为人心理认识相分离的事实。但以上模式却对本来属于客观范畴的危险判断资料采取了以人的认识为标准的认定方法。“行为人的特别认识”自不待言。新客观说认为所谓“一般人的认识”是指与行为人所具有之职业背景、文化水平和认知能力等相当的具体理性人的认识，即“理性人的判断必须与行为人所属的具体圈子（Verkehrskreis），与其认识状态和特殊能力相联系。”〔57〕可见，经过此番高度具体化和限定化的“一般人认识”实际上已极为接近行为人个人的认识。于是，这就必然产生主客观要素相互混杂、纠缠不清的局面。对此，Roxin曾辩解：作为客观构成要件之前提条件的“法所不容许的风险”实际上是包含行为人的特别认识这一要素的。之所以说客观不法构成要件是客观的，并非因为对它的归责完全建立在客观要素的基础之上，而是因为归责的结论本身是客观的。〔58〕换言之，Roxin认为，人对引起危险发生之事实的认识属于客观归责的前提条件，必须将它与客观归责的结论区分开来；前者可以包含主观要素，但只要后者是客观的就足以保证客观构成要件的客观性不受影响。然而，这一说法依然存在疑问。首先，它并没有回答：主观性质的归责前提条件为何能与客观构成要件相联系，主观的归责标准又如何能在客观不法和客观归责中发挥作用？其次，如果说仅凭归责结论的客观性就足以保证构成要件的客观性，那么在事实认识错误这一关于能否将事实归责于故意的情形中，由于归责结论涉及的也同是一种客观现象，即犯罪是否实现了既遂，故人们也完全可以由此得出结论：犯罪故意也能够客观构成要件中发挥作用。但这明显是

〔54〕 前引〔13〕，Hirsch文，第301页。

〔55〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第299页；黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第455页。

〔56〕 参见赵秉志：《犯罪未遂形态研究》，中国人民大学出版社2008年版，第194页以下；周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第272页；郑军男：《不能未遂犯研究》，中国检察出版社2005年版，第288页以下。

〔57〕 Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 56.

〔58〕 参见前引〔9〕，Roxin书，第378页。

不正确的。事实上，应当严格区分归责的对象（Zurechnungsgegenstand）和归责的标准（Zurechnungskriterien）。〔59〕归责的对象是现实存在的客观危险，在此应当考虑所有客观存在的事实；归责的标准则是行为人的主观义务违反，在此才应当考察一般人或行为人是否对客观的危险事实具有认识的可能。

第二，“一般人认识 + 行为人特别认识”的模式具有以主观认识来替代客观事实的危险。当一般人的认识和行为人的特别认识与客观事实相符合时并不存在问题，但若两者发生矛盾则需要加以特别的探讨。新客观说认为：如果行为人特别认识到了某一事实（例如在向被害人注射葡萄糖的案件中，被害人患有糖尿病的事实），但经事后查明该事实在行为当时实际上并不存在（即“行为人的特别认识出错的情形”），则不应将该事实纳入判断资料；但是，某一事实即使在客观上并不存在，但只要一般人认为其存在〔60〕（即“一般人的认识出错的情形”），也可以成为危险判断的资料。〔61〕然而，这种观点明显存在缺陷：（1）既然新客观说将一般人的认识和行为人的特别认识共同作为确定危险判断之基础事实的两个标准，那么在两者同样与客观事实不符的情况下，它应当采取相同的处理方式。但新客观说实际上采取了区别对待的态度，即在“行为人的特别认识出错的情形”中以客观事实为准，而在“一般人的认识出错的情形”中则以一般人的认识为准。那么，对这两种情形采取截然不同之处理原则的根据究竟何在？新客观说并未给出令人信服的解释。（2）如果认为在某一客观事实根本不存在的情况下可以根据一般人的认识肯定其存在，这就会重蹈主观未遂论的覆辙。主观未遂论的核心就在于以行为人的认识来代替客观的事实。因此，如果认为一般人的认识具有拟制客观事实存在的功能，那就等于是用一般人的认识来代替客观事实，等于是用一般预防的需要来抹煞客观法益侵害的重要性。这和主观未遂论之间并无本质的差别。为了反驳人们提出的“‘一般人认识 + 行为人特别认识’是将客观存在的危险主观化，并使客观要素与主观要素相混淆”的指责，支持新客观说的学者曾经提出：不可否认，一般人的认识和行为人的特别认识确实属于主观范畴，但新客观说并没有将这种主观要素直接纳入到危险判断的基础性资料之中，而是以其为标准确定能够成为判断资料之客观事实的范围。具体来说，任何危险学说都必然具有用于决定判断资料范围大小的标准，纯客观说采取的是事后科学的调查，而新客观说采取的则是一般人认识和行为人特别认识的标准。但无论采取何种标准，最终成为危险判断资料的都并非科学调查或人的主观认识本身，而同样都是客观存在的事实。总而言之，在危险判断中，“主观或个人因素本身并不是判断基础，而只是决定事实的哪些部分能够进入判断基础的选择标准而已。”〔62〕如果将这一反驳理由贯彻到底，那就应当认为：由于不论是一般人的认识还是行为人的特别认识都只是选取客观事实的标准，它们不能代替客观事实本身，故在两种认识与现实不一致的情况下均应以后者为准，从而认定该事实不属于判断资料，行为不具有法益侵害的危险。但这样一来，新客观说用以确定判断资料的标准就与纯客观说所主张的事后查明的方法并无实质差异了。

第三，将事后查明的行为时全部事实作为判断资料也同样能够满足新客观说的良好愿望。新客观说之所以设计出“一般人认识 + 行为人特别认识”的事实认定模式，其初衷有二：其一，

〔59〕 Björn Burkhardt, Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 105, 112.

〔60〕 这里所谓“一般人认为某一事实存在”，是指行为人和一般人均认为某一事实存在。因为在未遂行为中行为人无一不是对结果采取故意的态度，所以他必然是认为某一引起危险发生的事实存在的情况下才去实施该行为的。我们在讨论危险判断的问题时，不必考虑一般人认识到但行为人没有认识到的事实。

〔61〕 参见张明楷：《未遂犯论》，法律出版社、日本成文堂1997年版，第244页，第281页。

〔62〕 前引〔21〕，Frisch文，第183页。

法规范是不法构成要件赖以建立的基础，它以保护法益不受侵害为其使命。本来，它所禁止的只是那些在事实上确有客观法益侵害危险的行为。但作为一种面向广大国民的决定规范，法规范在现实中又必须考虑到以下两个问题：一是时间问题，即规范命令的有效发出只能是在行为实施的当时，故行为是否应当受到禁止也必须以行为当时为基准来加以确定；二是认识能力问题，即作为规范指向对象的人都具有认识能力上的局限，故他们不可能在任何时候都准确无误地认识到行为当时客观存在的所有事实。^{〔63〕}所以，“行为规范只能与那些在行为当时能够为规范对象所认知的资料相联系。”^{〔64〕}危险判断的资料也不能超越一般人认识能力所及的范围。其二，为了避免行为人为积极利用一般人不知道的事实实施犯罪，也应当将一般人认识以外、行为人特别认识到的事实纳入到判断资料之中。但笔者认为，新客观说的这两个愿望在事后查明的事实认定方法中也完全能够得到实现。（1）防止将规范对象无法认识的事实归责于行为人的任务应当由主观的构成要件要素来完成。法规范是整个构成要件不法的基础，而不法又包含了客观要素和主观要素。不法当中的法规范所具有的面向一般国民之决定规范的功能体现在故意等主观构成要件要素之中，换言之，“规范不能强迫公民去认识自己无法认知的事实”是主观不法要素而非作为客观不法要素的法益侵害危险所应考虑的问题。若事后确定的判断资料超过了一般人的认识能力，则完全可以在承认法益侵害危险成立的同时以行为人无法认识该危险为由在主观不法要素阶段排除其罪过。另外需要注意的是，实际上只有在行为人没有认识到某一事实的情况下，才需要以一般人的认识为标准防止将出现的结果过度归责于行为人。换言之，只有在过失犯领域才需要以一般人的认识来限制处罚范围。但由于未遂犯论所涉及的都是故意行为，行为人必然是在已认识到某一危险事实存在的情况下才实施了相应的行为，故“一般人的认识”实际上并无用武之地。（2）由于事后查明的事实必然包括了行为人当时特别认识到而一般人无法认识的事实情况，所以事后查明的方法自然也不会轻纵犯罪。

（二）判断立场：行为时社会一般人的立场

虽然危险判断的资料必须以客观现实为依据，不允许以任何形式将人主观想象的事实推定或拟制为客观事实，但是不法当中所说的危险并非物理学意义上，而是法规范视野中的危险。故危险判断应当站在行为时社会一般人的立场之上进行。

实际上，尽管纯客观说声称自己始终是以科学的因果法则为判断标准，但是作为一种在规范上对结果发生概率和可能性的预测学说，它最终并未摆脱行为时一般人的判断标准。纯客观说最为人们所诟病的致命弱点就在于：如果从纯粹科学的立场对行为当时的全部客观事实加以判断，那么就应当承认，行为未达到既遂一定有其必然的原因。因此，由各种现实阻碍因素和不利条件所决定，一切未遂行为在当时的具体情况下都是不可能实现既遂的。于是，该说最终将得出所有未遂犯都是不能犯的不当结论。为去除这一软肋，纯客观说在以科学立场对事后查明的行为当时的全部事实进行判断时，就不得不对判断资料进行一定的抽象，即舍弃一些细微的具体事实。^{〔65〕}但需要注意的是，对事实进行抽象的过程实际上也就是根据人的观念和需要对原先确定的判断资料进行剪裁的过程。故正如有的学者所指出：“对客观事实的抽象化程度越高，就越接近于行为人的主观内容。”^{〔66〕}例如，行为人将手伸入被害人的左口袋中以图盗窃其钱包，但事后查明钱包在右口袋而非左口袋，若对此事实进行纯科学的判断，则行为无法益侵害危险；但若在判断时将

〔63〕 Vgl. Erich Samson, Das Verhältnis von Erfolgswert und Handlungswert im Strafrecht, in: Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 586ff.

〔64〕 前引〔21〕，Frisch文，第175页。

〔65〕 参见前引〔55〕，张明楷书，第299页；前引〔55〕，黎宏书，第458页。

〔66〕 前引〔56〕，郑军男书，第302页。

查明的事实抽象为“钱包当时在被害人的身上”，则可以得出行为具备危险性的结论。不难看出，所谓对事实的抽象只不过是以一般人的眼光对整体事实过程进行符合社会平均观念的观察和预测罢了。实际上，旧客观说的创立者 Mittermaier 早在 19 世纪就已意识到，在纯粹的客观判断中必须对资料事实进行一定的抽象，但至于说对抽象标准的确定则只能委之于“法官和陪审员们以及科学进步的影响。”〔67〕所以，一旦纯客观说对事实进行了抽象化，并且强调：“对危险性的判断，不是以神的眼光，而是以人的眼光进行判断”〔68〕，“未遂犯中的危险毕竟是犯罪构成的组成部分，是规范的构成要件要素，其判断也必须从刑法规范的立场出发，而不能完全遵从自然科学的判断规律”，〔69〕那就表明它的判断已不再如其所言是站在客观的“科学的立场”，而是倒向了一般人的判断标准。

需要注意的是，危险判断中的“一般人”是指社会中具有正常智力和一般文化水平的平均理性人。我国刑事诉讼法第 13 条规定我国的刑事审判实行人民陪审员制度；2004 年颁布的全国人大常委会关于完善人民陪审员制度的决定第 11 条也规定：“人民陪审员参加合议庭审判，对事实认定、法律适用独立行使表决权。”因此，在司法实践中，这种一般人的判断可以通过人民陪审员参与审判而得到具体实现。

五、结 论

未遂犯处罚根据论不仅直接涉及未遂行为成立犯罪的范围大小，而且鲜明地体现出刑法价值观的立场选择。本文的研究得出以下结论：

1. 在当今的大陆法系不法理论中，虽然一元结果无价值论和兼顾结果无价值与行为无价值的二元论之间还存在分歧，但两者在坚持法益侵害思想、摒弃伦理道德因素这一基本立场上已经结成了“统一战线”。因此，单纯以行为人主观意志为依据的主观未遂论已不合时宜，而作为该立场之具体表现的计划理论和印象理论也因为具有无法克服的内在缺陷而必将成为明日黄花。

2. 尽管主观的未遂论目前仍被作为大陆法系刑法学之源的德国的理论通说和立法规定所支持，但这掩盖不了它作为主观主义刑法学之残余的落后本质，掩盖不了它在德国国内正面临日益猛烈的抨击、在世界范围内愈显“茕茕孑立，形影相吊”的事实。因此，我国刑法理论与实践应当毅然放弃维护旧有之计划理论和借鉴舶来之印象理论的尝试，而改将客观的法益侵害危险作为未遂犯处罚的根据。

3. 客观的未遂犯处罚根据论的基本构造如下：危险判断的资料应当由事后查明的行为当时的全部客观事实组成，不允许以一般人或行为人的错误认识代替客观现实；由于未遂犯中的危险是规范意义上的危险，故危险判断的标准应当是社会中的一般人的看法。

Abstract: The basis of bearing criminal responsibility for attempted offense is the fundamental question of the theory of attempted offense. It is not only directly related to the scope of the attempt offenses, but also reflects the choice of criminal law values vividly. In the theoretical framework of illegitimacy in modern country under the rule of law, the objective and real possibil-

〔67〕 参见前引〔24〕，Zaczyk 书，第 44 页。

〔68〕 前引〔55〕，张明楷书，第 297 页。

〔69〕 前引〔55〕，黎宏书，第 458 页。

ity of the behaviour of violating legal interests is one of the indispensable elements of the constitution of illegitimacy. Therefore, the theory of plan and the theory of impression as embodies of subjective theory on attempt have serious defects, such as deviation from the principle of violation of legal interests, susceptible to result in subjective incrimination, and so on. Although the subjective basis of bearing criminal responsibility for attempted offense is adopted by both German dominating academic theory and its legislation, it has its special historical background and nowadays encounters increasingly hard critiques. From the view of the whole world, objectification of the theory on attempt has become the trend of criminal jurisprudence. As a result, China should adopt the theory of the objective basis of bearing criminal responsibility for attempted offense.

As to the basic construction of the objective theory, because the judgment of the danger to legal interests is a kind of normal anticipation based on objective facts rather than subjective knowledge, the model of “average person’s knowledge + feason’s special knowledge” should be discarded and we should judge it according to all the objective facts at the time of behavior verified afterwards. Since the danger is not in the sense of physics, rather in the sense of legal norms, therefore, the judgment of danger should be on the standpoint of a general person in the society.

Key Words: attempted offense, basis of punishment, theory of plan, theory of impression

本刊启事：关于引注

近年来，随着学术规范意识的不断提高，作者来稿中的引注尤其是外文引注日渐增多，本刊编辑在审读及加工稿件时核实引注准确性的工作难度亦随之加大。为避免差错，贯行学术规范，特告示如下：

一、引注以必要为限。

二、请作者对所引用外文书刊之封面、版权页、被引用内容所在页先行复印，以备来稿为本刊采用时检阅。如有可能，请附该外文资料作者之简介。

另请尽可能减少外文资料之“转引”。

三、请勿引用互联网上发表的学术观点。必须引用官方网站所载的官方文件或其他网站对事实的权威报道的，请注明详细网址及最后登陆时间。

《法学研究》编辑部