

刑法未遂理论在德国的发展*

托马斯·魏根特^{**} 著 樊文^{***} 译

[摘要] 围绕“为什么处罚要处罚未遂行为”问题的讨论，在德国刑法学界已经有了两百年以上的历史。实际上，这个问题与刑罚目的理论、不法理论的基本问题有着紧密的关联，在这样的关联中清晰地展现未遂理论过去和现在的历史变化，有助于了解未遂理论发展的历史脉络和当今的研讨状况，由此，推测其未来发展的可能方向和空间。

[关键词] 未遂理论的历史 客观未遂理论 主观未遂理论 不能未遂

[Abstract] The question that why punish the crime of attempt have discussed in Germany more than two hundred years and have long occupied the imaginations of scholars of criminal laws. Actually, the issues involved are here the fundamental issues of theories of purpose of punishment and Unlawfulness. In order to understand the theoretical history of the issues and the Stand of today' dicussion in Germany as well as the focus shall be shifted toward and the possibility of development in the future, it is necessary to introduce and outline the history of theoretical challenges and developments of punishing the crime of attempt.

[Keywords] History of Theory of Attempt; Objective Theory of Attempt; Subjective Theory of Attempt; Attempt of Impossibility

鉴于未遂理论与刑罚目的理论、不法理论基本问题的紧密依附性，总体上展现德国未遂理论的发展将会是一个极其宽泛而宏大的主题。^①因此本文仅限于对未遂理论在过去和现在的研讨状况进行抓拍式勾勒，并由此清晰地描述未遂理论出现的理论变化。进而对于未遂理论可能的进一步发展所做的推测，作为本文之结束。

我们首先回顾一下60年前的未遂论观点。大约在1930年代德国刑法学界几乎一致认为，对犯

罪未遂进行处罚的法律根据在于其对犯罪构成要件上所保护的法益造成的危险性。^②在这种客观主义的未遂理论中反映了20世纪初的客观不法观点：人们把个人或者国家的具体主观权利或权力——其存在、其物质的和非物质的利益，理解为由于可罚的未遂行为而置于危险之中的法益。

未遂可罚性的主流根据当时给出了在犯罪构成要件实现的前阶段进行刑罚处罚的界限的结论：至

* 原文出处：《Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland》，1989年版，第113—128页；《Entwicklung der deutschen Versuchslerte》。本文的翻译发表取得了作者的书面授权。

** Prof. Dr. Thomas Weigend, 德国科隆大学法学院外国刑法与国际刑法研究所主任，刑事法学教授。

*** 中国社会科学院法学研究所刑法研究室研究人员，德国福莱堡大学法学院博士生。

① 对于未遂理论的具体发展更为详尽并更富有启发性的概述，参见P. Albrecht, 《不能未遂 (Der untaugliche Versuch)》，1973年版，第6—42页。

② 代表性的是Franz von Liszt的观点，参见《德意志帝国刑法 (Das Deutsche Reichsstrafrecht)》，1881年版，第137页；Robert von Hippel, 《德国刑法 (Deutsches Strafrecht)》，第II册，1930年版，第403、405页；Richard Schmidt, 《德国刑法概论 (Grundriß des deutschen Strafrechts)》，1931年第2版，第147—149页。

少与该当构成要件的行为没有直接联系的行为方式 (Verhaltensweisen), 不是未遂, 而是不罚的预备;^③ 经由理智的判断认为不可能发生犯罪结果的行为 (Handlungen), 作为不能未遂不具备未遂可罚性之理并因此是不受处罚的;^④ 与对法益造成的危险和实害之间的层级关系相应, 对未遂的处罚较轻于对既遂的处罚。^⑤

在我们看来, 该时期出现了客观主义理论变种的构成要件残缺论 (die Lehre vom Mangel am Tatbestand), 该理论是从早先这类案件的可罚未遂的规范领域定义出来的: 在这类案件中, 缺少的不是行为人为的 (自然主义上所理解的) “结果”, 而是缺少作为犯罪构成要件存在前提的其他特征, 比如盗窃罪中被取走物的他属性 (被盗之物属于他人所占有一译者)。^⑥

帝国法院早在行使其判决权伊始, 在处理刑事案件中就持有与刑法理论相对立的观点。在 1880 年的一个对于堕胎的不能未遂确立基本原则的判决中, 法院采取了这样的立场: “在未遂中, 犯罪意志是刑事法律所禁止内容的表征, 相反, 在既遂中出现的是由犯罪意志所引发的违法结果”。^⑦ 在这个明确赞成主观主义未遂论的判决中, 帝国法院给

出了这样的理由: 无论如何, 回顾性的观察, 任何未遂具体而言均是没有危险性的, 这样可罚的危险的未遂和不罚的不能未遂的区分是没有意义的。^⑧ 从这个取向中, 实务见解不仅肯定了不能未遂的可罚性, 而且——对于实务有重大影响——趋势性地、有时是过宽地把未遂领域扩大到了犯罪构成事件发生的前阶段。^⑨ 如果说敌视法律的意志是可罚未遂的本质,^⑩ 那么行为人是否已经实施了该当构成要件的行为是不重要的, 而只是出于法安全性的理由要求——帝国法院在 1880 年的主判决中曾经认为——“犯罪思想本身已经表现在外在的行为之中”。^⑪

1871 年德国立法者并没有对早在整个 19 世纪就已展开的客观主义和主观主义未遂可罚性的根据之间的争议^⑫ 表达明确的立场。当时版本的《刑法典》的第 43 条和第 44 条的规定却在事实上表现出对客观主义未遂论的明显偏重^{⑬⑭}: 未遂可罚性的前提是行为的“开始实施 (Anfang der Ausführung)”——这是一个在预备和未遂之间进行了实体—客观区分意义上给出解释的表述; 相对于对既遂的刑罚, 对于未遂, 刑罚必须减轻 (参见

③ von Hippel (注 2), 第 398、402 页。

④ von Hippel (注 2), 第 418 页及下一页; Richard Schmidt (注 2), 第 156 页及下一页; Gerland, 《德意志帝国刑法 (Deutsches Reichsstrafrecht)》, 1932 年第 2 版, 第 173 页。

⑤ 根据这种早期的客观未遂理论, 未遂可罚性的根据和理由在于对犯罪构成要件所保护行为客体所造成的危险。因为在犯罪行为的不同阶段 (预备, 实施, 完成) 故意都是一样的, 因此, 未遂与预备行为的界定就只能在客观领域来寻找。因而未遂可罚性的根据就不是行为人的意志, 而是实现该当构成要件结果的迫近危险。由此, 未遂就因为结果不法出现的高度可能性而受到处罚。因为原则上这种可能性 (Wahrscheinlichkeit) 于行为已经开始实施并只是未遂行为有实现的可能性 (Tauglichkeit) 的情况下才能够得到肯定, 相对于预备行为, 客观理论限制了未遂的可罚性, 并且反对对绝对不能未遂的处罚。由于缺少结果不法, 客观理论要求对于未遂的处罚必须减轻——译者注。

⑥ Graf zu Dohna, 《Güterbock 祝贺文集 (Festschrift für Güterbock)》, 1910 年版, 第 35 页; Gerland, (注 4), 第 171 页及下一页; von Liszt/Schmidt, 《德国刑法教科书 (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)》, 第 1 卷, 1932 年第 26 版, 第 298—301 页; 反对的观点, 比如有 von Hippel (注 2), 第 431—436 页。这种理论在今天通常被看作是错误的, 因为它忽视了所有犯罪构成要件特征法律上的等价性; 参见 Eser 的观点, in: Schönke/Schröder, 《刑法评注》, 1988 年第 23 版, 第 22 条前评述, 边码 19。但是与该观点多有相似的是 Jakobs 的观点, 参见《德国整体刑法学杂志: ZStW》第 97 卷 (1985), 第 751、763 页。

⑦ 参见《帝国法院刑事判决 (RGSt.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen)》第 1 卷, 第 439、441 页 (原文没有做斜体强调)。

⑧ 参见《帝国法院刑事判决 (RGSt.)》第 1 卷, 第 439、442 页; von Bar 赞同该观点, 参见《法律和刑法中的罪责 (Gesetz und Schuld im Strafrecht)》, 第 2 卷, 1907 年版, 第 493、525 页。

⑨ 著名的案例参见《联邦法院刑事案件判决汇编 (BGHSt.)》第 6 卷, 第 302、304 页 (教唆奸淫的未遂已经延伸到晚上幽会的预约行为)。对这种倾向的批评, 参见 Maurach/Gössel, 《刑法总论 2 (Strafrecht Allgemeiner Teil 2)》, 1989 年第 7 版, 第 20 页及下一页, 有许多来自实务见解的案例。

⑩ von Buri 清楚的表述, 参见《审判庭 [GS (Der Gerichtssaal)]》第 32 卷 (1880), 第 321、322 页: “因此, 这里的可罚性只能在意志的恶意中去寻找; 这种被证明的针对使得恶的意志显示出来的法律的明显敌对性, 应受到处罚”。

⑪ 参见《帝国法院刑事判决》第 1 卷, 第 439、442 页。

⑫ 该持久争议的概述, 参见 Frank, 《德意志帝国的刑法典 (Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich)》, 1931 年第 18 版, 第 43 条注 III。

⑬ von Bar (注 7), 第 505 页。

⑭ 尽管帝国刑法典在用语上几乎完全采用了普鲁士法的规则, 帝国法院由于受到 v. Buri 理论的影响而转向了相反的方向 (文献可以参阅: RG 1, 439, 441: Strafbarkeit des absolut untauglichen Versuchs; RG 51, 341, 343; 59, 1: Ausdehnung des Versuchs auf gewisse Vorbereitungshandlungen)——译者注。

当时版本的《刑法典》第44条);另外,关于不能未遂的可罚性,立法者有意没有给出任何说法。^⑮

二

现在我们做一个时间上的跳跃进入当代,——60年后和刑法改革之后——展现给我们的是一个明显变化了的图景。新撰写的法律规定虽然一如既往的缺乏明确的理论立场,但是重心已经明显——根据刑法改革资料看来是:有意识地^⑯——向未遂可罚性的突出主观主义的观点偏移。虽然对于不罚的预备和可罚的未遂之间界定的问题,用更为狭窄的“直接开始(Das unmittelbare Ansetzen zur Tat)”公式替代了实务见解为了极大地前置未遂领域所使用的“开始实施”的用词,并试图把未遂的时间再次紧紧贴近犯罪构成要件实现的临界。^⑰尽管如此,该观点也仅为——当然在实务上有其积极意义——受主观主义未遂观点约束的总体规范的边缘修正。^⑱

《刑法典》第22,23条表述背后体现在1969年刑法改革法中的观点的新颖之处如下:是否直接开始实施行为,取决于行为人的构想(Vorstellung des Täters);根据已于1943年修正过的法律,相对于既遂行为,对于未遂的刑罚减轻,还只是选择性的(可以减轻);^⑲在《刑法典》第23条第3款中由于“重大无知”而导致无结果的未遂的不完善规

定,给出的必然结论是:不能未遂同样给予刑罚处罚。^⑳1975年生效的关于未遂的新版规定已经远不只是提出更为现代的新表述;在这些体现未遂的处罚依据原则方向的最重要的试金石上,更多的反映了立法者在这个问题上基本上选择了新的、即主观主义未遂观点意义上的说法。

实务见解通过这次改革仍然持其一贯的姿态。在不能未遂的可罚性问题上,法庭现在已经能够援引清楚明确的法律条文。对于通常更为重要的未遂可罚性开始于何时这样的问题,联邦法院遵循了立法者的意图,并把未遂可罚性的强力扩张倾向性地归因于不罚的预备阶段的成本。^㉑

然而最高法院法官对于此类问题的态度却不易推测。联邦法院现在已经放弃了以往常常据以使用的、在未遂的情况下肯定会出现直接危及所保护法益^㉒的界定公式,^㉓而代之以相互关联的或者有所不同的表述。由此,决定性的就是,行为人是否主观上已经迈过了通向“现在开始”的门槛并在客观上已经采取行动,该行动本身应无须任何中间环节径直导入构成要件的实现。^㉔除此之外,有时还要以实施行为和结果出现之间在时间上的临近性作为

^⑮ 对此参见 von Hippel (注2),第416页;Albrecht (注1),第8页及下一页。

^⑯ 参见 J. Meyer,《德国整体刑法学杂志》第87卷(1975),第598、601—603页;Vogler, in:《莱比锡刑法典评注(Leipziger Kommentar: LK)》,1983年第10版,第22条评述(产生的历史)。

^⑰ Kratzsch, JA 1983,第420页及下一页;Vogler, in: LK (注14),第22条边码29。

^⑱ 关于《德国刑法典》第22条的内在不协调,也可参见 Schünemann 在 GA 1986 上的文章,第293、311页。

^⑲ 对此,参见 Rudolphi, in:《刑法典体系性评注(Systematischer Kommentar zum StGB)》,第23条边码2;Maurach/Gössel (注8),第52页。

^㉑ 关于对于《刑法典》第23条第3款的批评,仅请参见 Stratenwerth 的观点,《刑法总论(Strafrecht Allgemeiner Teil)》,1981年第3版,第200页;Maurach/Gössel (注8)第38页及下一页。

^㉒ 参见 Vogler 的实务见解概览, in: LK,第22条边码67—70,132;Eser, in: Schönke/Schröder,《刑法典评注》第22条边码39—45。对于这种新的路线,代表性的是《联邦法院刑事案件判例汇编》第35卷第6页对于《刑法典》第176条的未遂的(很有约束性/很有限性的)判决。帝国法院和早先的联邦法院对此做出的肯定是有别于此的判决。

^㉓ 参见,比如《联邦法院刑事案件判例汇编》第20卷,第150页;对于这种区分公式的表述,也可参见 J. Meyer 在《德国整体刑法学杂志(ZStW)》第87卷(1975)上的文章第598、605页;Eser, in: Schönke/Schröder,《刑法典评注》第22条边码31(不过,他把这种危险与“所保护的行为客”紧密地联系起来)。

^㉔ 详细明确的表述参见《联邦法院刑事案件判例汇编》第35卷,第6、9页;同样在 Stratenwerth 的文献(注18)中,第196页;Jakobs,《刑法总论》,1983年版,第600页;Kratzsch, JA 1983,第420、423,579页;Maurach/Gössel (注8),第23页。

^㉕ 参见,比如《联邦法院刑事案件判例汇编》第26卷,第201、203页及下一页;BGH(联邦法院)《新法学周刊(NJW)》,1980年,第1759页;BGH(联邦法院)《刑事辩护人(StV)》,1984年,第420页;BGH(联邦法院)《刑事辩护人》第528、529页。对于该观点的概述,参见 Berz 在 Jura 上的文章,1984年,第514—516页。

根据。^⑤

把这种变换了说法的定义归结为“中间行为理论 (Zwischenaktstheorie)”^⑥ 肯定是评价过高了。就像人们总喜欢坚持所使用的区分公式的内容一样^⑦

他们没有描述问题的解决,而仅仅是对问题进行新的表述,因此人们在使用这种相同的“标准”时,对于具体案件可能会得出截然相反的结论,就不足为奇了,而且这种结论各自都有很充分的理由/根据。^⑧ 最终人们不得不承认并接受的是,可罚未遂的开始,至今没有一个抽象准确的、在解决实务问题中没有任何问题的表达简明的描述;在判断一个行为是处于社会可容忍的预备阶段还是已经进入归罪的法益侵犯的问题上,正义感和法律政策取向的要素共同发挥着特别重要的作用。^⑨

在过去的60年中,刑法理论发生了惊人的变化。客观主义未遂论观点及其结论60年代以来完全是日渐零落。^⑩ 直至最后还在力图挽救这一早期主流理论的Spendel,自称是“孤独的自说自话的白费口舌者”。^⑪ 根据当今版本的《刑法典》第22和23条,未遂可罚性的刑罚根据和界限是行为人

行为的客观危险性,可是这种观点与实证法 (lex positiva) 还很难取得一致。

德国刑法理论的决定性变化在时间上远早于1975年。有时人们还能看到这种变化的一些不良兆头:国家民族主义学理向“意志刑法 (Willensstrafrecht)”的转变,摒弃了客观未遂理论,这种(纳粹)学理认为犯罪首要的是对义务的危害。^⑫ 但是,这至少不是全部的真相。^⑬ 更早的主观主义未遂论的分支可以追溯到与此完全不同的另外一个根源上去,即行为人危险性的特殊预防取向:根据这种观点,如果那些通过实施罪行的未遂表露了其敌视法律的意图并由此继续并可能完成犯罪行为时,这样的行为人就应当受到刑罚处罚。众所周知,在德国提出刑法的个体预防取向的 Franz von Liszt,当他强调可罚性前提的法治国—客观主义解释而驳斥对其刑法目的理论的扩张适用趋势之时,^⑭ 其他的学者却在行为人危险性和对未遂施加刑罚的需求之间建立起了直接的联系,由此他们把犯罪意志的强度(以及再犯可能性)作为参照的标准。^⑮

^⑤ 比如,《联邦刑事案件判例汇编》第28卷,第162、163页;Roxin在JuS 1979,第1、4页指出,这种标准还要结合“对于被害人领域采取行动”的标准;Vogler反对这样的观点,参阅:LK, § 22 边码 48—53; J. Meyer, 在 ZStW 87 (1975), 第 598、607 页也对该观点进行了批评;也请参阅 Kratzsch, JA 1983, 第 420、424 页; Berz, Jura 1984, 第 511、516 页及下一页; Lackner, StGB, 1987 年第 17 版, § 22 注 1b。

^⑥ “部分行为理论 (Teilaktstheorie)”也提到了这种误解;参阅 Vogler, in: 《刑法典莱比锡评注 (LK)》, 第 22 条边码 39。

^⑦ 参阅 Eser, in: Schönke/Schröder, 第 22 条边码 41。“中间行为”的表述可以做任意地伸缩,这种弹性取决于在产生还是可能的中间行为时,人们允许多少想象存在;请参阅 Roxin, JuS 1979, 第 1、4 页; Stratenwerth (注 18), 第 196 页; Jakobs (注 21), 第 602 页; Kratzsch, JA 1983, 第 420、422 页。但是,对于中间行为公式的肯定观点,参阅 Vogler, in: LK, 第 22 条边码 39; Berz, Jura 1984, 第 517 页; Rudolph, 《刑法典体系性评注 (SK StGB)》, 第 22 条边码 9; Jescheck, 《刑法总论教科书 (Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil)》, 1988 年第 4 版, 第 468 页; Maurach/Gössel (注 8), 第 24 页。

^⑧ 对行为人在“犯罪行为地”没有看到被害人的案件的有分歧的判决,参见 BGH NJW 1952, 第 514 页和《联邦法院刑事案件判例汇编》第 26 卷,第 201 页;对“埋伏和待击案件”的描述和证明,参阅 Roxin, JuS 1979, 第 1、5 页及下一页。

^⑨ 也可参阅 Stratenwerth (注 18), 第 198 页; Haft, 《刑法总论》, 1987 年第 3 版, 第 229 页。

^⑩ 参阅 Treplin, ZStW 76 (1964), 第 441 页; Spendel, NJW 1965, 第 1881 页;同一作者 (Spendel), 《Stock 祝贺文集 (Festschrift für Stock)》, 1966 年版, 第 89、93 页; Dicke, JuS 1968, 第 157、161 页 (作为抽象危险犯的未遂)。

^⑪ Spendel, 《Stock 祝贺文集 (Festschrift für Stock)》, 1966 年版, 第 89 页。

^⑫ 参阅 Engisch, in: 《百年德国法律生活 (Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben)》, 第 1 卷, 1960 年版, 第 401、433 页注脚 68; Spendel, 《Stock 祝贺文集 (Festschrift für Stock)》, 1966 年版, 第 89 页。

^⑬ 可是引人注目的是 Mezger 观点的转变。在他 1931 年出版的《刑法》第 386—391 页可以清楚地看到他对客观主义理论的捍卫。In: 《德国刑法 (Deutsches Strafrecht)》, 1938 年版第 107 页, 写道:“他肯定了在此期间德国刑法向意志刑法过渡方面所出现的‘法律观念的转变’”。相反, Nagler 坚决明确反驳“片面意志刑法的意识形态”, 参见 GS 115 (1941), 第 24、32 页及下一页, 第 36 页。

^⑭ 而 Franz von Liszt 正是客观主义未遂理论之“父”之一;参阅 F. von Liszt, 《德国刑法教科书 (Lehrbuch des deutschen Strafrecht)》, 第 21 版或者 1919 年第 22 版, 第 47 章。

^⑮ 参阅 E von Liszt, ZStW 25 (1905), 第 24、27、36 页 (未遂的处罚根据); 类似的观点参阅 Engisch (注 30), 第 401、435 页; Kohlrausch/Lange, 《刑法典》1961 年第 43 版, 第 43 条评注之三之 3 (第 146 页); 另外, Waiblinger, ZStW 69 (1957), 第 189、190、220 页及下一页。如今 Schmidhäuser (注 27) 还持有相似的观点, 参见注 27, 第 339 页; Alwart, 《应受处罚之未遂 (Strafwürdiges Versuchen)》, 1982 年版, 第 170 页及下一页; 持反对观点的, 比如 Spendel, NJW 1965, 第 1881、1884 页及下一页; Stratenwerth, 《1963 年瑞士议会祝贺文集 (Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963)》, 1963 年版, 第 247、265 页; Albrecht (注 1), 第 36 页。这种观点也曾经在刑法改革之时具有重要影响, 借助于当时的资料对此的描述, 参见 J. Meyer, ZStW 87 (1975), 第 598、603 页。

另外, 法益观点的变迁有利于主观主义未遂论的广泛传播。法益概念越是突出其精神内容, 由刑法所保护的法益就越是明显的不再是作为个人具体所有物的生命, 健康以及财物或者财产, 而是被理解为在其背后所体现的社会价值,^⑤ 或者说是对于这种价值予以尊重的要求,^⑥ 则行为人是否已经完成使某一特定法益客体受到损害, 就越不具有决定性。根据这种观点, 对于刑法来说, 决定性的更大程度上只能是对作为一种社会价值的法益的现实不尊重。^⑦

然而对于主观主义未遂论挺进态势的形成(主导地位的确立)来说, 决定性的阶段是德国在不法论的变革之后。只要不法被理解为对外界状态有害而因此被禁止的改变, 帝国法院所根据的未遂概念就是一个陌生的东西——即行为人徒然怀有完成犯罪构成要件而实施行为的单纯意图, 在客观意义上并没有造成任何不法结果并因此对该行为的评价很难成立不法。直到 Welzel 提出行为不法论, 主观主义未遂论才在学理上得以确立; 同时在短时间内它也得以从仅在刑事政策上作为根据的权宜解决方案进而质变为刑法学理的理论建构中不可或缺的组成部分。众所周知, 承认主观犯罪构成要素的一个重要论据早已存在于未遂不法的结构之中了。^⑧ 对于一个行为的应受处罚性具有决定意义的行为不法是否仅限于敌视法益的(侵害)意图, 除此之外, 是否它还包括行为本身直至最后行为人认为必要的步骤或者甚至还包括结果的出现, 在当今德国的不法论中仍然存在着争议。^⑨ 但是, 对于未遂论的发展来说, 这种争论并无决定性意义。当时关键的只

是, 从可罚的不法中所显示的以实现犯罪构成的意愿的目的的角度来看, 行为不法论已有成立的可能性, 以至于造成结果与否的问题丧失了其不法构成上的重要性。^⑩

主观主义的基本观点也由此在立法、实务和理论方面得到了同样的贯彻。不过, 在此可以想见, 能如此全面的推行主观主义未遂论, 仅仅是因为它是以适当的妥协为条件的, 即在此观点中, 一直以来由于扩大刑事可罚范围的趋势所表现的主观主义论的思想有所收敛。一些观察者指出, 当今未遂论的特征较之以前^⑪ 主客观两方面的均势状态, 已经转变为仅由其中一方占支配地位的未遂论学说。^⑫

与此相关, 应当提到的是, 由 Schmidhäuser 确立的并由其学生 Alwart 所扩展完善的二元论, 即只有行为人具有实现犯罪构成要件的意图或者其行为已处于接近既遂的危险阶段, 实施犯罪行为的未遂才应受到刑事处罚。^⑬ 在未遂可罚性的根据方面, Schmidhäuser 和 Alwart 在这个范围内与多数人的意见出现了分歧: 无论是行为人的主观对抗意图还是其行为的客观危险性, 各自仅仅在原则上给予非价判断留下了足够的根据。在实务结论上, 他们与多数人的观点的区别在于: 主观上以“简单的”直接故意(dolus directus)或者未必故意(dolus eventualis)实施的、对于法益客体并没有造成具体危险的行为, 是不能作为未遂予以处罚的。

与此相对, 众多刑法学家则主张, 主观和客观因素不是选择性(alternativ)的, 而只是叠加性

^⑤ 特别参阅 Welzel, 《德国刑法(Das Deutsche Strafrecht)》, 1969年第11版, 第1—5页(“通过基本的社会伦理的行为价值来保护法益”); 对此也可参阅 Krauß, ZStW 76(1964), 第19、39、45、53页及下一页。

^⑥ 参阅 Schmidhäuser(注27), 第81页及下一页。

^⑦ 该观点在 Schmidhäuser 那里特别的清楚, 《刑法总论教科书(Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch)》, 1975年第2版, 第2、31页; 同一作者(注27), 第338页; Sax, JZ 1976, 第429、432页及下一页; Alwart(注33), 第175页; 也请参阅 Berz, 《形式的实现犯罪构成要件与实体的法益保护(Formelle Tatbestandsverwirklichung und materieller Rechtsgüterschutz)》, 1985年版, 第44页。Welzel(注34), 第2页, 他在类似的意义上谈到了刑法的任务, 保障“积极的社会伦理的行为价值的效力”。

^⑧ 仅请参阅 Welzel(注34), 第60页及下一页; Armin Kaufmann, 《Welzel 祝贺文集(FS Welzel)》, 1974年版, 第393、402页。

^⑨ 对于当前的概述参见 Lenckner, in: Schönke/Schröder, 第13条前之评述边码56, 以及 Hirsch, 《科隆法学院建院600周年纪念文集(Festschrift Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln)》, 1988年版, 第399、409页及下一页; 也请参阅 Krauß, ZStW 76(1964), 第19、61—63页。

^⑩ 这个阶段的主流观点也被称为客观—主观理论, 它认为未遂处罚根据是实现了的敌视法律的意志。因而最为关键的不是由于行为对受保护法益所造成的事实上的危险, 而是通过落实这种故意所实现的行为不法——译者注。

^⑪ 参阅 Salm “可以看到的一印象深刻的动摇有效性的意志危险”的理论, 《未遂的犯罪(Das versuchte Verbrechen)》, 1957年版, 第4、38页等。

^⑫ 参阅 Kühl, JuS 1980, 第506页; Stratenwerth(注18), 第191页; Vogler, in: LK, 第22条前评述边码37。

^⑬ Schmidhäuser(注27), 第338页及以下几页; Alwart(注33), 第122页及以下几页。

(kumulativ)⁴⁵的满足了未遂可罚性的根据。这个见解出自 Ludwig von Bar,⁴⁶ 该见解虽然坚持以主观主义未遂论为出发点, 却对其有所限制, 即行为人只有在“动摇了公众对法秩序有效性的信赖”时,⁴⁷ 行为人的行为作为未遂才应该是可罚的。只有在这种情况下, 未遂才威胁到法和平并因此需要制裁。⁴⁸ 这种理论, 被称为“印象理论 (Eindruckstheorie)”。⁴⁹ Schönemann 曾经把它恰当地称作“立法者规整计划的理性重建 (rationale Rekonstruktion des dem Gesetzgeber vorschwebenden Regelungsplanes)” (Schönemann, GA 1986, S.311—译者), 该理论用动

摇对法律的印象的要求既解释了《刑法典》第 22 条的“直接开始”的要求, 也解释了在重大无知情况下对不能未遂 (《刑法典》第 23 条第 3 款) 的不罚规定。

在当代, 未遂理论由此而在各家观点上取得了一致及侧重上的均衡。实务见解和学术界在法律规则的基础上达成了高度一致, 即未遂可罚性的根据是行为人表现出来的敌视法律的意志, 同时也强调并不是所有的这种 (敌意) 表现都应受 (值得) 刑罚处罚。

三

最后, 倘若我们对于德国未遂理论的继续发展做一个大胆的预测性观察, 那么我们只能局限于各种已出现的理论观点在将来的发展机会。至于实务见解, 则很大程度上赞同: 实践理性使得法院将继续坚持 1880 年以来所遵循的路线。

二元未遂理论被长期认可的可能性很小。该理论虽然对于 Schmidhäuser 讨论过的大量案件来说是完全可行的解决方案, 但是与其说它是以其理论前提的推导为根据, 倒不如说是以一般公众的正义感为根据。⁵⁰ 而且, 这个理论还与由 Schmidhäuser

提出的尚待普遍认可的特定的不法概念⁵¹ 有着最紧密的联系。同时, 就有关故意概念讨论的发展来看, 还不清楚的是, 可罚的和不可罚的行为之间是否应该像意图 (Absicht) 与直接故意之间的界分一样来进行界定。⁵²

然而, 即使如今受到欢迎的印象理论的发展前景也不容乐观。虽然该理论有其优点, 即体现了一些 (尽管不是全部⁵³) 实证法的规则, 并因此很好的适应了法律的思辨性或学理性目的。但是正是这

⁴⁵ 或者并合性的……, 即不是 S 或 O, 而是 S 并 O。

⁴⁶ 参见 von Bar (注 7), 第 488 页及下一页, 第 532—539 页。

⁴⁷ 这样的表述参阅 Eser, in: Schönke/Schröder, 第 22 条前之评述边码 23; 类似的观点参见 J. Meyer, ZStW 87 (1975), 第 598、604 页; Roxin, JuS 1979, 第 1 页; Rudolphi, in: SK StGB, 第 22 条前之评述边码 13 (他还以动摇“法安全感”为根据); Jescheck (注 25), 第 462 页及下一页; Maurach/Gössel (注 8), 第 22 页; 也请参阅 von Gemmingen, ZStW 52 (1932), 第 153、164 页及下一页 (他把这种观点和 Welckers 的恢复理论“Restitutionstheorie”联系了起来)。

⁴⁸ 参阅 Roxin, JuS 1979, 第 1 页。

⁴⁹ 印象理论脱胎于客观——主观理论并结合了给予未遂应处罚性根据的补充特征。根据印象理论, 未遂的处罚根据是违反规范并现实化了意志; 而只有由于该行为动摇了公众对于法秩序效力的信赖并损及法安全感和法和平之时, 朝向犯罪的行为才具备应处罚性 (Strafwürdigkeit)。德国现行法特别强调行为的直接开始, 选择性刑罚减轻和重大无知的不能未遂的不罚都能够通过印象理论得到最好的理解。该理论认为未遂的可罚性根据是维护法秩序的必要性。未遂可罚性的对象是行为人在行为中表现出来的敌视法律的意志, 即各行为构成要件的故意的行为不法——译者注。

⁵⁰ 参阅 Schmidhäuser (注 27) 对于界分预备和未遂的局部的“全面观察”, 第 350—354 页; 同样也请参阅第 348 页对于行为人是否必须认识到行为情状的问题的论述。

⁵¹ 参阅 Schmidhäuser (注 27), 第 85—88 页。而且在 Alwart (注 33) 看来, 以这种形式从交往语言 (第 122—131 页) 和“日常行为现象”中推导出的一些法律前提并不是必然的 (第 173 页)。

⁵² Schmidhäuser (注 27) 的根据参见第 339 页, 他认为直接故意或者有条件的故意缺少“对于 (非价) 意图来说特别的危险性”, 是不可信的; 因为那些为了达到其他目的有意接受对于他人法益的实害危险的行为人, 看来完全 (也对于将来) 是“有威胁/危险性的”; Rudolphi 有同样的观点, in: SK StGB, 第 22 条前之评述边码 14。

⁵³ 所以说这种理论不能准确地解释, 如果行为人的明显可以看出的敌视法益的行为适合于动摇公众的法安全感, 那么为什么刑罚对于完全的可能未遂可以减轻处罚 (参阅 Roxin 在 JuS 1979, 第 1 页的表述, 在没有出现结果的情况下, “与既遂的行为相比较未遂通常较小程度地损害了一般公众的法安全感”), 为什么通常预备行为也是不受处罚的。Kühl 有与此类似的批评, 参阅 JuS 1980, 第 506、507 页; Jakobs (注 21), 第 588 页及下一页。

种优点排除了其作为理论的说服力,它还赞同规定在《刑法典》第22和23条中的相关规则之间的妥协特征,并只能借用相对不准确的表述来表达:为什么主观主义观点在现有的范围内还应该加入客观的要素?^④

作为印象理论的优点,有时被提到的是,它突出了“保障法秩序的一般(预防)的刑罚目的”。^⑤但是,这种理论对于一种如今虽然得到了某种程度的普遍认可的刑罚目的理论的特定突出特征同时又产生了直接依赖,但是并不排除这种刑罚目的理论将来可能又是昨日黄花。^⑥另外,刑法学说迄今已有充分理由提防:个别(/具体)的学理问题的解决如此直接从所假设的刑法的“最后根据”中推导出来。^⑦

所使用的表述的不确定性和表述背后概念的不确定性使得疑难更加难上加难。^⑧当谈到公众安全感的损害时,作为毫无偏见的读者,首先想到的是询问有关(损害)行为的见证人。^⑨与此相对,大多数赞成印象理论的学者则强调,该理论绝不涉及事实损害的这种经验确定,而是涉及在规范上对这个问题的伴随判断:对于动摇正义感,哪些行为是合适的。^⑩但是对于这种欠缺经验基础并陷于真空

的学术空间中的理论,争论肯定是有极其激烈的。^⑪

如若对印象理论做进一步研究,就会看到该理论尚有一个尚未解决的重要问题:动摇法律印象的判断是应该以行为人的客观可观察到的行为方式还是——对于外表中性的行为——以其内心所报持的敌视法益的意图为出发点呢?对于这个尚不清楚的问题的两种可能的回答使得印象理论分成这样的组成部分:在其客观部分,决定性的是对于法益客体外在的可以觉察到的危险威胁,^⑫而在其主观方面,最终的根据还仅仅是敌视法律的意志并从行为心理的假定认知中变幻出缺失的客观要素。^⑬

肯定人们要担心的是,印象理论的流畅表述虚构了一种事实上确实不存在的妥协——如果人们开始细致分辨这种理论的内容并不只是把它作为未遂学说粉碎性骨折的急救绷带,那么这一点肯定会最终表现出来。

与此相对,严格的主观主义观点倒是一种没有矛盾的构想:科处刑罚的目的是为了印象深刻地证明行为人所蔑视的社会价值的有效性。有意并付之行动的对于规范的违反,无论对于既遂犯还是未遂

^④ Stratenwerth (注18),第192页也强调这个理论的特别特征(ad-hoc-Charakter);也请参阅Jakobs(注21),第588页。

^⑤ 参见Vogler, in: LK,第22条前之评述边码54;类似的观点参阅Schünemann, GA 1986,第293、311页(“转向了一般预防的刑法根据”)。

^⑥ 参阅Alwart(注33)的批评,第227页,他把“进行个人‘法律信赖’的假设”与“应该反对的纯粹的意念刑法”联系了起来。

^⑦ 参阅Kühl, JuS 1980,第506、507页;Stratenwerth(注18),第192页;Alwart(注33),第210页。

^⑧ 参阅Roxin JuS 1979,第1、5、6页;特别清楚的是Schünemann的观点,参见GA 1986,第293、312、320页及下一页,第324—326页,他认为一个由警方线人或者卧底唆使的吸毒行为人的不罚是以印象理论为根据的;Timpe的观点参阅《刑法典总则的刑罚减轻和禁止双重评价(Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot)》,1983年版第99页及下一页,其根据推导自“对于规范的效力损害”的程度甚至对于未遂义务性的减轻要求。

^⑨ 如果安全感所说的是直觉的“威胁经历/感受”,那么或许就可以理解Schünemann在GA 1986第293、316页的观点。但是这种直觉的威胁感受和经历最终是以规范概念“安全感(Sekuritätsgefühl)”为根据的。实际上印象理论的经验理解可能会提出一些很难解决的问题:应该取决于行为当时还是行为之后观察者事实上的认知?应该把行为人的意图总是假设为是可知的吗?或者只是在行为人把他的意图在行为前或者在行为当时已经表达了出来,才认为该意图是可知的?这些问题的“英勇的”解决包含着有时被讨论到的可能性:只是(外在的)“明确的”朝向该(或者任一?)罪行的实施(Deliktbegehung)的行为(Handlungen),才被看作是可罚的未遂;参阅J.Meyer, ZStW 87(1975),第598、611页及下一页;Jakobs, ZStW 97(1985),第751、760—763页。但是,在大多数印象理论的支持者看来,根本不做这样的思考;在此,对于模式缺少经验基础的不同表达的批评落空了;参阅Stratenwerth(注18),第192页;Alwart(注33),第210页;Kratzsch, JA 1983,第420、424页。

^⑩ 参阅Alwart(注33),第210页;Rudolphi, in: SK StGB,第22条前之评述边码13。

^⑪ 参阅J.Meyer在《联邦法院刑事案件判例汇编》第20卷第150页所判决案件的不同评论,ZStW 87(1975),第598、611页,也请参阅Roxin, JuS 1979,第1、5页。

^⑫ 因此,von Bar(注7)被认为是印象理论之“父”,参见第532—534页;据此一个“无罪责表现的活动”也不能通过对于可罚的未遂的事后承认而成为可能。

^⑬ 参阅Roxin, JuS 1979,第1页,和Vogler, in: LK,第22条前之评述边码54,他们对两种可能性做了选择性的并列。如果据此认为仅仅恶的意志就足够产生动摇感觉的效应,那么剩下的就是蹩脚的纯粹主观未遂理论了。批评性的意见也可参阅Alwart(注33),第210页及下一页。

犯，都是国家要动用刑罚权和刑罚予以反应的不法。⁶⁴ 因为对于社会价值的故意侵犯原则上已经是应受处罚的不法，那么是否出现由行为人所造成的可以看见的结果的问题，充其量可能只是对于刑罚的尺度具有重要意义。⁶⁵

尽管这种概念有其内在的完整性，但是也不免于受到批评。反对的意见首先指向这种学理建构的基础，即针对刑罚目的所设定的目标——对某些特定社会价值给予承认。当刑法应该首先服务于强化公民信奉法律观念，或者用更为现代的表达，稳定规范的效力；当实证主义具体（/实在）一实体地理解的法益被如此之远地精神化，以至于法益只是体现在一般“法秩序的扰乱”之中，那么这肯定要面临“观念（或者意念）刑法（Gesinnungsstrafrecht）”⁶⁶ 这个负面之词的挑战⁶⁷——根据

这个被批判的理论，并不是因为观念转变为行为不再起决定作用，而是因为它使得刑法在总体上促进特定的（“法律的”）观念并压制其他的观念。⁶⁸

从原则性的反对意见中引申出来的批评，具体来说涉及到未遂可罚性的范围：主观主义观点有利于未遂可罚性在理论上的无限制扩张和膨胀，该观点——正如 Jakobs 所说的——会导致漫无边际的结论。⁶⁹ 事实上，在《刑法典》第 22、23 条中规定的可罚性的界限虽然是作为“限制”但无论如何是符合主观主义观点的——可是主观主义观点根本不能给这种界限提供任何根据。当应受处罚的不法表现为对受刑法所保护的社会价值的积极对抗之时，那么就不仅在理论上缺少可以作为根据的界分预备和未遂⁷⁰ 的标准，而且本身对于“明显的”预备行为断然排除了可罚性这个事实缺少解释。⁷¹ 无疑，

⁶⁴ 对于这个概念的基础性论述参阅 Welzel (注 34)，第 193 页，根据他的观点，法秩序是一个“安排国民生活的精神权力”：“但是，这种精神权力的现实性和有效性已经受到了付诸行为的意志的侵害，这种行为他认为可能的犯罪实施行为”。类似的观点参阅 Waiblinger, ZStW 69 (1957)，第 189、202 页；Sax, JZ 1976，第 429、433 页；最清楚的是 Jakobs (注 21) 的观点，第 583、589 页。

⁶⁵ 对于不法是否完全不考虑结果 [这是 Armin Kaufmann 一贯的解决方式，参阅 ZStW 80 (1968)，第 50 页及下一页；同一作者，《Welzel 祝贺文集 (Festschrift für Welzel)》，1974 年版，第 393、403 页；Zielinski, 《不法概念中的行为无价值和结果无价值 (Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff)》，1973 年版，第 214—216 页；Welzel (注 34) 在第 189 页提到“结果也属于整个行为的根深蒂固的非理性观念”] 或者结果是否是不法的一个要素并因此在确定法律后果时要予以考虑 [比如，Stratenwerth, 《1963 年瑞士议会纪念文集 (Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963)》，1963 年版，第 247、254—257 页；同一作者 (注 18)，第 192 页；Hirsch, ZStW 94 (1982)，第 239、242—248 页；Lenckner, in: Schönke/Schröder，第 13 条前之评述边码 56—59]，对于未遂可罚性的根据来说是不重要的。对这个问题也可参阅 Rudolphi 细致的研究，《Maurach 祝贺文集 (Festschrift für Maurach)》，1972 年版，第 51 页。

⁶⁶ Zippelius, 在其《开放社会的法律和公正 (Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft)》，1996 年第 2 版第 348 页、第 356 页及 357 页和第 362、365 页，《法哲学 (Rechtsphilosophie)》，2003 年版第 22 页及下一页谈到，法规范所能禁止或者说影响（主导、控制）的永远是行为人的“行为”；至于紧接着行为之后所发生的因果流程和结果，则受到自然法则的支配，而不再是法规范所能禁止或影响的：立法者只能禁止开枪杀人，但是没有办法阻止已经被击发的子弹继续前进、没有办法阻止它击中被害人。也就是说，法规范起作用的时间点是在行为的当时，而行为之后事件的进展则受制于自然法则，对此法规范无能为力。因而，从规范理论的角度来看，一个行为的不法要素在行为当时就已经确定；行为发生之后的事实就不再是规范的对象，而是被偶然的自然因素所左右的事件。因而该种观点认为，无论对于未遂犯还是既遂犯，行为人在行为当时都实施了一个决定违反行为规范的行为，差别只是在于，在客观上是否出现了着手后所期望的结果。而该结果在刑法体系的意义上仅仅涉及到处罚的需求性 (Strafbedürftigkeit o. -erfordernis)、必要性和刑罚的量。——译者注。

⁶⁷ 德国一些学者，比如 Hirsch 等，把对没有危险的未遂行为所施加的处罚称为“观（意）念刑法”。这方面的文献请参阅：Hirsch, FS-Roxin, 2001, S. 722ff.; ders., GS-Vogler, 2004, S. 36, 42f., 48; Malitz, 《不纯正不作为犯的不能未遂 (Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt)》，1998, S. 157——译者注。

⁶⁸ 参阅 Spendel, NJW 1965, 第 1881、1882、1887 页；同一作者，《Stock 祝贺文集 (Festschrift für Stock)》，1966 年版，第 89、92、97 页；Vogler, in: LK, 第 22 条前之评述边码 49；也可参阅 Schmidhäuser (注 27)，第 339 页；Jakobs, ZStW 97 (1985)，第 751、759 页，不过两者多代表了被指责的前提。

⁶⁹ 参阅 Rudolphi, 《Maurach 祝贺文集 (Festschrift für Maurach)》，1972 年版，第 51、71 页，他中肯地评论道，根据主观主义未遂论，法益保护不再是行为规范的内容，而仅仅是其目标设定超越预防的法益保护的行为规范的动机。但是，如此纯粹的行为人刑法是违宪的（同一出处，第 72 页）。

⁷⁰ 参阅 Jakobs, ZStW 97 (1985)，第 751、753 页。

⁷¹ 由 Jakobs (注 21) 在第 590 页提出的“行为构成要件的临近”的区分标准虽然很好地与导致理性结果/结论的典型分类（同一出处，第 603—606 页）相符合，但是在公理逻辑性上并不是以出自 Jakobs 的未遂理论观点为根据。主观主义理论对于区分的无能为力，也受到了 Vogler 的批评，in: LK 第 22 条边码 41；也请参阅 Maurach/Gössel (注 8)，第 21 页。

⁷² 这一点 von Hippel (注 2) 在第 421 页已经提到；Kratzsch 也有类似的观点，参阅 JA 1983，第 420、424、426 页。另外，Stratenwerth (注 18) 的解释是，预备行为是不受刑罚威胁的，因为预备行为“根据其外在的表现形式通常是与社会秩序是完全一致的”这种观点不仅相当模糊，而且也与主观主义观点的出发点是矛盾的：不能未遂在外表上看来也可能是与社会秩序是一致的；但是这并不起任何作用，因为它只是取决于无论何种方式实现的犯罪意志；参阅 RGSt. 第 1 卷，第 439、441 页及下一页。

法律敌视性的表意或者意思表示,即行为人向外界表达的对于受保护价值的不尊重或者无视(Mißachtung),当这种不尊重从行为人最密切的私人领域向外界流露出来时,无论如何,像未遂对于规范效力是危险的一样,必须同样视之为危险的并予以刑罚处罚。^⑥最后特别突出的问题是,迄今主观主义观点还存在着相对于既遂^⑦的未遂的较轻处罚的解释问题和在所谓的不实现的未遂情况下的不罚或者大幅减轻刑罚的问题^⑧——当“一般的”不能未遂因为行为人在敌视法益的意图下实施的行为而受到处罚时,则这种可罚性之理同样也必须适用于为达到目的而运用重大无知的手段无视法益的行为人。

为了避免逐渐认识到^⑨的刑法所涉范围的膨胀的危险,作为未遂理论的另一出发点,客观主义观点自然受到了更多的关注。可以肯定的是,这种未遂观点并不具有“现实性”,因为它与现行法律条文并不一致。^⑩但是,我们投向遥远未来的眼光并不受实证法(lex positiva)具体细节的约束。那么应该如何对待那些长期以来著名的反对客观主义理论的观点呢?客观主义理论的核心概念是未遂的危险性,反对观点认为这个概念不是在逻辑上是矛盾的,^⑪就是概念本身是模糊的或者在定性上是不区别的。^⑫此外,只要这种观点把可罚性限于实

现犯罪构成要件的具体危险,那么这种观点在刑事政策上就会导致站不住脚的结论。^⑬

在我们解释这种批判要点的令人信服的根据之前,应首先强调的是客观主义未遂理论的一个重要优点:它建立在一个完整的、同样适用于既遂犯和未遂犯的不法根据(Unrechtsbegründung)的理念之上。^⑭相反,如果主观主义理论把既遂犯罪行为的非法责难之重点放在客观的法益损害之上,而在未遂情况下又置于行为人的故意之上,那么该理论观点就会因违背其基本理念而遭到质疑;^⑮或者为了避免这种质疑,代价可能会是采用抽象模糊的法益概念。^⑯虽然不可否认的是,犯罪行为构成要件上受保护的法益客体的危险和实害之间也有一个定性的步骤,可是,在过去的几十年——还记得在交通刑法和环保刑法上——对于该问题的敏感性一直在增长:即不仅是重大的实害行为而且“仅仅”危险的行为,对于社会秩序就可能意味着明显的干扰和破坏。^⑰

同一时期,危险犯的学理得到了跳跃式的继续发展。^⑱如果说几年前危险概念还是刑法学领域的一个空白的概念,则该概念如今——主要是由于在刑法典中存在大量的具体危险犯——已经获得了相对清晰的界定轮廓并且完全能够适用于未遂疑难问题

^⑥ Spendel, NJW 1965, 第1881、1883页。与Spendel相反, von Buri在GS 32(1880)第321、324页认为在行为人的供述中还不能表明其“被客观化的意志”;但是从主观主义的立场看来,这看来是一个随意的限制。

^⑦ 参阅Dicke,《法学训练(JuS)》1968,第157、158页。

^⑧ 参阅Spendel, NJW 1965, 第1881、1883页; Albrecht(注1),第29—33页。相反, Alwart(注33)第206页对于不现实的未遂缺少意图的威胁性的论断并没有说明白。Jakobs(注21)在第594页,通过把《刑法典》第23条第3款缩小为一个纯粹的量刑规定来试图回避这个问题。相反, Maurach/Gössel(注8)在第43页承认,《刑法典》第23条第3款是客观理论的结果。对于包括以前的迷信未遂的所有的可罚性来说,合乎逻辑的是 von Buri的观点,参阅GS 32(1880),第321、369—371页。

^⑨ 仅请参阅Jakobs, ZStW 97(1985),第751页。

^⑩ 参见Kratzsch, JA 1983,第420、425页; Vogler, in: LK,第22条前之评述边码45; Eser, in: Schönke/Schröder,第22条前之评述边码20; Jescheck(注25),第462页。

^⑪ 众所周知的论据在RGSt. 1,第439页;与此相反的是 von Hippel(注2)的观点,第427页。

^⑫ 参见Stratenwerth(注18),第201页; Alwart(注33),第223页; Jakobs(注21),第587、600页。

^⑬ Albrecht(注1),第21页。

^⑭ Spendel,《Stock祝贺文集(FS Stock)》,1966年版,第89、90页。

^⑮ 参见Albrecht的批判(注1),第25页; Vogler, in:《刑法典莱比锡评注(LK)》,第22条前之评述边码36。

^⑯ 参见Jakobs(注21),第586页。

^⑰ 参见Zielinski(注60),第207页及下一页; Berz(注36),第55—58页; Tiedemann/Kindhäuser,《新刑法杂志(NSZ)》1988,第337、340页。

^⑱ 仅请参阅Laackner,《交通刑法中的具体危险犯(Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht)》,1967年版; Schröder, ZStW 81(1969),第7页; Gallas,《Heinitz祝贺文集(Festschrift für Heinitz)》,1972年版,第171页; Brehm,《论抽象危险犯的学理(Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts)》,1973年版; Horn,《具体危险犯(Konkrete Gefährdungsdelikte)》,1973年版; Schönemann, JA 1975,第787、794—797页; Weber, in: Jescheck(Hrsg.),《通过危险犯和举动犯的刑法保护的向前推移(Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte)》(ZStW-Beiheft 1987),1987年版,第1、21页及下一页;批评性的观点参阅Frisch,《该当构成要件的行为和结果归责(Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs)》,1989年版,第71—75页。

的解决。^⑧

一个行为对于该当犯罪构成要件的结果的出现是否导致了禁止的危险（不容许的危险）的问题，如今不仅对于危险犯有着众所周知的重要意义，而且已经成为归责理论的核心问题。^⑨ 对于该领域的更为新颖的思考，一方面有助于比之以前更为清楚地描述未遂的客观不法，另一方面不是以敌视法律的意志而是以有意造成的危险为重点的未遂观点，可能会很好地契合归责理论的前提。^⑩ 这种有可能在未遂论的客观和主观面之间建立起完满协调的理念的结论，最终将会在 Frisch 所提出的思路的基础上给故意概念提供新的取向。^⑪

所有的一切在此不再作为思考的观点。想对未遂理论继续探索的人，将不会无视最有力的反驳观点：只有流行的主观主义理论能够满足处罚没有预见的，即具体说来没有危险的未遂的刑事政策需求。^⑫ 当扒手把手伸进他人的空口袋，^⑬ 用未上膛的枪实施的杀人未遂真的都不应该赎罪吗？必须承认的是，这里存在着一些重大的问题，因为这种只重视客观具体危险的看法，使得许多原本有可能达于既遂的实现性但最后由于阻碍的情形而没有完成的未遂，由于没有造成具体的危险从一开始就注定是不罚的。^⑭

尽管如此，人们也不应出于刑事政策的原因而回避可罚性向客观危险行为上的追溯。首先可以肯定的是，处罚即便没有危险的未遂的需求，虽然迄今不断地得到主张，但是这种需求在经验上并没有得到证明。事实是，根据现行法，对于一系列通常频繁发生的并相当严重的犯罪之未遂，总体上是不

罚的，正象处理不现实的未遂（irrealer Versuch，比如迷信犯——译者）那样所清楚显示的：我们活动在正义感的灰色地带，在这个地带内，我们无法对于这个问题给出可靠的说法：对于不止一次接近结果的（开始）侵害的处罚，对于维护规范效力事实上是不是必要的。^⑮ 借助于未遂可罚性——这种思考也不是新的观点——反正不能推进个体预防。接着要考虑的是，其他形式的根本没有被处罚的行为的黑数领域，可能和无危险的未遂行为的黑数领域是一样的大，该无危险的未遂的计划及其失败常常既不为被害人也不被第三者所察觉。如果说目前只有很小一部分未遂行为人受到了处罚，那么这种情况可能与其大多数未受处罚的未遂行为人相区别的，与其说是强烈的敌视法律性，不如说是行为时的特别的不灵活（Ungeschicklichkeit/笨拙）或者不谨慎（Unvorsichtigkeit）。

对于这些问题人们可以做出不同的判断——客观主义未遂观点的最大优点在于，它允许把这些问题提出来。相反，当今的主流未遂理论太过快速（毋庸置疑）地从处在实现犯罪行为构成的未遂中的不法（Unrecht）推断出其应受（/予）处罚性（Strafwürdigkeit），并又从这种不法的应受处罚性中推断出几乎所有未遂的刑罚需要性（Strafbedürftigkeit）。中断这种思维链条并对于未遂处罚的必要性（Notwendigkeit）给予理性的根据——将是现代以及之后几十年未遂理论研究所要面对的挑战。

（责任编辑：严 施）

^⑧ 关于危险概念的使用，参阅 Alwart（注 33），第 176—180 页；另外参阅 Horn，《刑法典体系性评注（SK StGB）》，第 306 条前之概述性评论边码 4—7。

^⑨ 对此参阅 Frisch 的详尽（而批判性的）论述（注 78），第 9—67 页。

^⑩ 关于在这种联系中所反对的相当性理论的不确定性（参阅 Albrecht [注 1]，第 13 页；Alwart [注 33]，第 225 页及下一页），该讨论已经引申出了相当好的一部分；（也请参阅 Roxin，FS-Nishiha，1998，S.159。——译者注）。

^⑪ 参阅 Frisch，《故意和危险（Vorsatz und Risiko）》，1983 年版，第 118 页及以下几页。

^⑫ 严肃的、表现于外的侵害的不罚性对于“法律权威性”的危险，主观主义理论之父 von Buri 在 GS 32（1880）第 321、349 页早就提到了。

^⑬ 关于事前是否已经不存在法益危险，还是有争议的；一方面，可以参阅 Treplin，ZStW 76（1964），第 441、460 页；Spendel，《Stock 祝贺文集（Festschrift für Stock）》，1966 年版，第 89、107 页；另一方面，参阅 Albrecht（注 1）第 92 页。对于这些以客观主义未遂理论为根据的案件的可罚性的论述，也可参阅 Mezger，《刑法》，1931 年版，第 397 页。

^⑭ 对于这一点，Berz 在 Jura 1984，第 511、513 页的看法是正确的；也可参阅 Bockelmann，《法律人报（JZ）》1954，第 468、471 页。

^⑮ 也请参阅 Rudolphi，《Maurach 祝贺文集（Festschrift für Maurach）》，1972 年版，第 51、70、72 页的论述，他强调，处罚不能未遂在法益保护方面决不是必然的要求。