

# 未遂犯的处罚根据

## 从比较法观点的思考

陈子平\*

---

**摘要** 在探索中国大陆地区刑法有关未遂犯的处罚根据时,有必要从比较法(德国、日本、中国台湾地区“刑法”)的视角加以比较分析与思考。目前大陆地区讨论相关问题的文献,多数以日本学说作为依归(采客观未遂论),少数则以德国学说作为依归(采主观客观混合未遂论),而忽略了二者在思维上根本的差异、不同以及与大陆地区刑法规定的合致性,此亦形成目前学说见解紊乱的因素之一。实际上,大陆地区刑法有关未遂犯的处罚根据,是以主观未遂理论为基础而辅以客观未遂理论的折衷立场。虽然表面上与多数德国学说主张的主观客观混合未遂理论相同,但实质上在客观面存在差异。德国的混合理论的客观面乃“法秩序的危殆化”,而大陆地区的混合理论的客观面则为“法益侵害的危险性”或“结果发生的危险性”。

**关键词** 主观未遂论 客观未遂论 主观客观混合未遂论 不能犯 中止犯

---

### 一、问题的提出

刑法为何处罚未遂犯,即未遂犯处罚的根据(理由),向来为解读未遂犯相关重要议题的思想主轴,其中有关不能犯的问题更被认为与未遂犯处罚根据存在表里关系,然大陆地区于1979年所新成立的刑法以及之后于1997年修改成立的现行刑法,对于不能犯皆没有明文规定,因此如何依据大陆地区刑法而妥当解读不能犯是否具有可罚性、其成立要件等问题时,其先决条件就是必须充分掌握大陆地区刑法究竟为何处罚未遂犯(未遂犯的处罚根据);由于长

---

\* 西北政法大学特聘教授。

期以来,以苏联四要件理论为中心的刑法学界,几乎没有就此处罚根据有较深入详细的研究探讨,惟近年来大陆地区学界研究未遂犯相关问题时大量引用日本、德国与中国台湾地区相关立法与文献,尤其在处理不能犯问题时,同时亦说明探讨未遂犯的处罚根据,然而大部分几乎都以德国以及日本甚至中国台湾地区学理的说词作为依据而提出论证,却忽略了各国或区域刑法上明文的规定以及背后的思想脉络所存在的差异。因此,本文首先对于各国与区域刑法的相关规定加以介绍与简单的比较说明;其次,各国与区域刑法对于不能犯规定的差异,乃在于其背后的中心思想,亦即必须回溯探究各国(地区)刑法处罚未遂犯的理由(即未遂犯的处罚根据)为何,始得以正确掌握其间差异性;最后,藉由前述对于各国与区域刑法的未遂犯处罚根据的分析检讨,以探究大陆地区刑法处罚未遂犯的理由,进而作为妥当解读大陆地区刑法有关未遂犯相关问题(尤其是不能犯)的前提基础。易言之,若无法正确掌握大陆地区刑法的未遂犯处罚根据,亦难以正确解读大陆地区刑法的未遂犯相关议题。由于篇幅的关系,本文仅以未遂犯的处罚根据作为主轴,至于其他相关议题(不能犯的辩证、中止犯的性质与成立要件等)则将于另文再述。

## 二、立法例的说明与比较

除了不能犯的有无规定与规定上的差异之外,各主要国家(德国、日本)与中国台湾地区“刑法”有关未遂犯整体的规定,例如对于预备犯、普通未遂犯以及中止犯的规定,究竟存在如何的相同与差异内容,亦势必对于正确理解各国与地区刑法的未遂犯处罚根据产生重大影响,反言之,由于各国与区域刑法所采取的未遂犯处罚根据的立场不同,亦因此形成预备犯、不能犯、普通未遂犯与中止犯规定内容的差异。以下罗列德国、日本、中国台湾地区与大陆地区有关未遂犯的立法例[普通未遂、中止犯(中止未遂)与不能犯(不能未遂)的相关规定],并进一步做初步的比较说明。

### (一)条文内容

#### 1. 现行《德国刑法典》(1975 年至今)

##### 第二节 未遂犯

第二十二条 依据对该犯行之认知而已直接开始构成要件之实现者,为犯罪行为之未遂。

第二十三条 重罪之未遂皆须处罚,轻罪未遂之处罚,则以法律有明文规定者为限。

未遂犯之处罚得较该既遂犯为轻。

其行为遂行之对象或以此为遂行行为之手段性质上,完全不能达于既遂者,行为人因明显无知(重大无知)而有所误认时,法院得免除其刑或依裁量减轻其刑。

第二十四条 行为人自愿放弃继续进行所实施之行为或阻止其完成者,不以未遂犯而受处罚。行为之未遂即便非因中止者之所为时,若中止者自愿且诚挚努力防止行为之完成者,不受处罚。

数人参与行为时,自愿阻止行为之完成者,不以未遂犯而受处罚。行为之未遂非因该中止

者之所为,或者行为之既遂与中止者之前所参与之行为无关时,若自愿且诚挚地阻止既遂者,亦不受处罚。

## 2. 现行《日本刑法典》(1907年迄今)

### 第八章 未遂罪

第四十三条 着手于犯罪之实行而不遂者,得减轻其刑。但因自己之意思而中止犯罪者,减轻或免除其刑。

第四十四条 未遂之处罚,依各本条定之。

## 3. 中国台湾地区现行“刑法”(2006年7月以后)

### 第三章 未遂犯

第二十五条 已着手于犯罪行为之实行而不遂者,为未遂犯。

未遂犯之处罚,以有特别规定者为限,并按既遂犯之刑减轻之。

第二十六条 行为不能发生犯罪之结果,又无危险者,不罚。

第二十七条 已着手于犯罪行为之实行,而因己意中止或防止其结果之发生者,减轻或免除其刑。结果之不发生,非防止行为所致,而行为人已尽力为防止行为者,亦同。

前项规定,于正犯或共犯中之一人或数人,因己意防止犯罪结果之发生,或结果之不发生,非防止行为所致,而行为人已尽力为防止行为者,亦适用之。

## 4. 大陆地区现行《刑法》(1979年、1997年)

### 第二节 犯罪的预备、未遂和中止

第二十二条 为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备。

对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

第二十三条 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。

对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

第二十四条 在犯罪过程中,自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。

对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚。

### (二) 比较说明

对照以上各国与地区刑法有关不能犯与未遂犯的相关规定内容,可获得几点初步的认知:

第一,有关未遂犯的着手实行。大陆地区《刑法》第23条规定“已经着手实行犯罪”、中国台湾地区“刑法”第25条第1款规定“已着手于犯罪行为之实行”、《日本刑法典》第43条前段规定“着手于犯罪之实行”,因此大陆地区、中国台湾地区与日本刑法关于未遂犯的“着手实行”,至少在文义解释上并无差异。至于德国刑法的规定则与前述之国家、地区存在差异,亦即1975年以后现行《德国刑法典》第22条将之前刑法所规定的“实行之着手”(Anfang der Ausführung)加以删除,而以主观要素的“依据对于犯行之认知(即依据行为人对于犯行之认识)”与客观要素的“已经直接开始构成要件之实现”加以取代,在解释上与大陆地区、中国台湾地区及日本刑法存有落差;换言之,依照大陆地区、中国台湾地区与日本刑法的规定,“着手实

行”或“实行之着手”乃未遂犯成立的充分条件,即“着手实行”乃区别未遂犯与预备犯的主要或绝对的界线;然而,在德国现行刑法已不再使用“着手实行”的用语情况下,其未遂犯的成立条件为何,区别未遂犯与预备犯的界线为何,是否依然可以使用“着手实行”(实行之着手)的概念加以解读,则大有疑问。

第二,有关不能犯(或不能未遂)的规定。大陆地区刑法与日本刑法并无不能犯的规定,而中国台湾地区“刑法”与德国刑法虽有规定,在内容上却存在相当大的差异。详言之,中国台湾地区“刑法”第26条规定“行为不能发生犯罪之结果,又无危险者”为不能犯,而《德国刑法典》第23条第3款则规定“其行为遂行之对象或以此为遂行行为之手段性质上,完全不能达于既遂者,行为人因重大无知(明显无知)而误认”者为不能犯(不能未遂),如此内容上的差异,在不能犯(或不能未遂)与普通未遂的界线以及处罚的议题上是否存在南辕北辙或相近似的解读?而如何妥当解读中国台湾地区与德国刑法有关不能犯的规定内容,对于并无不能犯规定的日本与大陆地区刑法,尤其是如何从大陆地区刑法规定解读不能犯适用的议题上,势必产生重大影响,而其关键即在于大陆地区刑法有关未遂犯的处罚根据为何的问题上。

第三,有关未遂犯的处罚属于例外或原则。未遂犯的处罚是属于原则性或者例外性,各国与区域存在不同程度的差异。由于大陆地区刑法对于未遂犯甚至预备犯,无论在总则或分则并无例外(特别)处罚的规定,因此解释上应该可以认为系采原则性处罚的立场,而《德国刑法典》第23条第1款规定“重罪之未遂皆须处罚,轻罪未遂之处罚,则以法律有明文规定者为限”,易言之,对于重罪(第12条第1款“称重罪者,谓最轻本刑为一年或一年以上有期徒刑之罪”)的未遂,采原则性处罚立场,对于轻罪(第12条第2款“称轻罪者,谓最轻本刑为未满一年之有期徒刑或罚金之罪”)的未遂始采例外性处罚立场。至于中国台湾地区“刑法”第27条第2款“未遂犯之处罚,以有特别规定者为限”与《日本刑法典》第44条“未遂之处罚,依各本条定之”的规定,则对于所有犯罪的未遂皆采例外性处罚立场。此等原则性或例外性处罚未遂犯的差异,亦反映在各国与区域对于未遂犯处罚根据(理由)所采立场的异同,且此异同自然亦反映于不能犯甚至中止犯的解读上。

第四,有关障碍(普通)未遂、中止犯(中止未遂)、不能犯(不能未遂)的处罚。①对于障碍未遂的处罚。大陆地区《刑法》第23条第2款规定“可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”,中国台湾地区“刑法”第27条第2款规定“得按既遂犯之刑减轻之”,《日本刑法典》第43条后段则规定“得减轻其刑”,而《德国刑法典》第23条第2款规定“得较该既遂犯为轻”,依此可知,各国与地区关于未遂犯的处罚皆采“任意的减轻”而非“必要的减轻”;②对于中止犯(中止未遂)的处罚。大陆地区《刑法》第24条第2款规定“对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚”,易言之,其处罚系以是否造成损害为准,未造成损害者,采“必要的免除”,造成损害者,则采“必要的减轻”,且值得注意者,乃大陆地区刑法的规定并非仅针对中止未遂而是对于所有犯罪阶段(包含预备与未遂)的中止,与德国、日本以及中国台湾地区“刑法”仅限于未遂而有所不同;《德国刑法典》第24条规定“不受处罚(不罚)”,判例与通说认为属于“个人解除刑罚事由”或

“一身的刑罚消灭事由”(persönliche Strafaufhebungsgründe),〔1〕少数说则认为属于违法阻却(消灭)事由或责任阻却(消灭)事由;〔2〕《日本刑法典》第43条后段与中国台湾地区“刑法”第27条皆规定“减轻或免除其刑”,即采“必要的减免”;③对于不能犯(不能未遂)的处罚。大陆地区与日本刑法虽然皆无不能犯的明文规定,但是日本司法实务与学说皆无疑问地认为“不能犯”并不构成犯罪,而不加以处罚。反之,大陆地区司法实务与学说,尤其是学说则存在相当大的分歧。相对于有明文规定的《德国刑法典》第23条第3款规定不能犯“得免除其刑或依裁量减轻其刑”,而采“任意的减免”。至于中国台湾地区“刑法”第26条则规定不能犯为“不罚”,即其立法理由称系“不构成刑事犯罪”而不罚。

然,何以中国台湾地区“刑法”与日本司法实务与学说对于不能犯皆采“不构成犯罪”而不处罚,德国现行刑法却采“任意的减轻”,中国台湾地区以及日本刑法对于中止犯(中止未遂)系采“必要的减免”,德国却采“不罚”,此乃涉及最根本的核心思想问题,即处罚未遂犯的理由(未遂犯处罚根据)为何的问题。此亦对于中止犯规定不同以及并无不能犯规定的大陆地区刑法,在解读与适用上将呈现更为错综复杂而难解的局面。

### 三、未遂犯处罚根据(刑罚理由)的思想根源

关于未遂犯上的基本议题,有“预备与未遂界线的‘着手实行’”“不能犯(不能未遂)的可罚性与要件”“中止犯(中止未遂)的减免理由(性质)与要件”“准中止犯”“共同犯罪的中止”等等,然而在探讨此等未遂犯的相关议题之前,最重要者莫过于“未遂犯处罚根据”的确立,亦即,必须先掌握刑法规定未遂犯而加以处罚的理由为何之后,始有厘清未遂犯规定内容并妥适解读的可能,尤其是有关有明文或无明文的不能犯乃至中止犯的问题,已如前述。

#### (一) 法史源由

由于未遂犯处罚根据(理由)论可说是从德国开始并展开,因此有必要了解其法史的源由,始得以更清楚了解其来龙去脉。而德国在1975年现行刑法施行前的旧刑法并没有不能犯的明文,仅仿照法国刑法要求未遂犯必须有“实行之着手”(开始实施犯罪, commencement d' exécution)而就未遂犯的规定(第43条第1项)使用“Anfang der Ausführung”(实行之着手或开始实行行为)的用语(1871年公布的帝国刑法典至1975年

〔1〕“在通常情形,刑法上的行为,一旦具备不法(构成要件该当性+违法性)及罪责(有责性)要件,即成立刑法上之犯罪。不过,有些例外情形,立法者特别附加了不法与罪责以外的犯罪成立要件;这些附加要件,或者纯粹取决于某些‘客观’条件是否成就,或者基于某些存在于‘个人’的事由,前者称为客观处罚条件,后者包括个人排除刑罚事由及个人解除刑罚事由,并且据此产生了自始排除或嗣后解除(或减轻)刑罚的效果。”参见林钰雄:《新刑法总论》(第七版),元照出版公司2019年版,第324页。

〔2〕参见(日)山中敬一:《中止未遂の研究》,成文堂2001年版,第10-18页。

之前),〔3〕然而对于当时不能犯是否应加以处罚的争议,引发学界对于有关未遂犯处罚根据(理由)论应采着重于行为人的犯罪意思的主观未遂理论或采着重于行为人行为的客观危险的客观未遂理论的对立,惟不仅从1880年德国法院开始采主观未遂论(有关堕胎的手段不能案件)之后,司法实务一直维持主观未遂论立场,加上1930年以后在客观未遂论式微下,主观未遂论逐渐成为德国学说支配见解,再者从1909年德国的刑法草案就已经开始有采取主观未遂论的迹象,1913年、1919年草案更进一步显示出不能未遂可罚性的主观未遂论的立场。比较微妙的是1927年、1930年草案除了将未遂规定为“必要减轻”之外,却删除之前草案于不能未遂要件上所称的“重大无知”(明显无知)用语,并将其法律效果从“不罚”改为“减轻或免除其刑”。

二次大战后1953年德国重新展开刑法修正的作业,各委员在未遂犯处罚根据的说明上虽然存在些许差异,但是对于行为人的犯罪意思在处罚根据上具有决定性内涵,则为委员间的共识,此与当时结合行为无价值论而成为支配见解的主观未遂论以及1871年以来德国判例一直坚持采主观未遂论有密切的关连;〔4〕依此,1969年修改通过而于1975年施行的现行刑法,不仅删除具有客观化的“着手实行”(Anfang der Ausführung)用语,更将“不能犯的可罚性”加以明文(第23条第3项),因而被认为比较明确采取以主观主义刑法思想为基础的“客观的主观未遂论”(即采法敌对意思显现的主张)或以此理论为前提的“印象理论”。〔5〕

## (二)目前主要学说

关于未遂犯的处罚根据,向来有以主观主义刑法思想为基础的主观未遂论与以客观主义刑法思想为基础的客观未遂论以及以主观主义为基础而以客观主义为辅的主观客观混合未遂论(或可称为印象理论)的分歧。〔6〕

〔3〕 1975年之前旧《德国刑法典》第43条第1项:“Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekorrennen ist, wegen Versuches zu bestrafen.”(因重罪或轻罪之着手实行的行为而实际显示该重罪或轻罪的犯意者,以未遂犯处罚之)。关于德国刑法有关未遂犯的立法沿革,参见许恒达:“从新检视未遂犯的可罚基础与着手时点:以客观未遂理论与客观犯行的实质化为中心”,《台大法学论丛》第40卷第4期(2011年),第2428—2430页。

〔4〕 参见(日)佐藤拓磨:《未遂犯と実行の着手》,慶應義塾大学出版会株式会社2016年版,第26—30页。

〔5〕 参见(德)耶塞克、魏根特:《刑法总论》(第5版),西原春夫监译,成文堂1999年版,第398—400页。所谓“客观的主观理论”乃以“法敌对意思的表动(显现)”作为未遂犯的处罚根据。

〔6〕 此所谓“客观主义刑法思想”与“主观主义刑法思想”的区分说明,系以古典学派(行为刑法)与近代学派(行为人刑法)的论争为基础,而所衍生以重视行为的客观危险或行为人的主观危险加以区别说明。此外,劳东燕教授将所谓真正的“客观主义与主观主义之争”分为“第一维度的客观主义与主观主义之争”(行为刑法与行为人刑法之争)与“第二维度的客观主义与主观主义之争”(客观不法论与主观不法论之争)。参见劳东燕:“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67—77页。而该“第二维度之争”,应该是日本学说所称的“物的不法论”与“人的不法论”之争。

## 1. 主观未遂论

关于主观未遂论,有早期由 Karl Ludwig Wilhelm von Grolmann、Carl Augst Tittmann 以及 Maximilian von Buri 等所主张的“纯主观未遂论”,而将未遂犯的处罚根据求之于行为人的“犯罪意思”,例如 von Buri 在因果关系论上采条件说立场,即所有对于结果发生的条件皆具有等价性作为出发点,而认为既遂的成立系以客观面的因果关系与主观面的犯罪意思作为可罚性要件,相对于未遂的情况,由于缺乏客观面的因果关系,因此仅以主观面的犯罪意思做为可罚性根据,易言之,未遂犯的处罚根据即在于犯罪意思。<sup>〔7〕</sup> 其后的 Fabian 进一步以条件说与规范论为基础而主张,未遂犯的处罚并非在于外在的因果要素,而仅在于行为人的犯罪意思,“规范”并非禁止结果的惹起,仅能命令不要惹起法益侵害的结果,因此国家所禁止的仅在于惹起结果的意思(犯罪意思)。<sup>〔8〕</sup>

惟,由于纯主观未遂论以“犯罪意思”作为处罚根据,不仅无法解释既遂处罚与未遂处罚的区别理由,更无法圆满说明不可罚的未遂(如迷信犯),因而衍生了参入客观要素而由 Richard Lange 所主张的“行为人说”(Tätertheorie)与 Josef Kohler 所主张的“计划说”(Plantheorie)。前者认为未遂犯的处罚根据应该从法益侵害的危险性与行为人对法益的危险性两方面加以掌握;而后者则认为除了行为人的计划之外,还需思考“法秩序的危险化(危殆化)”。此等将危险概念带入处罚根据而具折衷色彩的说法,就有关“危险概念”却呈现出种种的说词,如行为人说所使用的“危险的攻击者”,计划说所使用的“行为人计划的危险性”等,<sup>〔9〕</sup>然而即便掺入危险概念,此等理论所主张的未遂犯处罚的核心依然在于行为人的“犯罪意思”,例如在依照行为人的计划(意图)而有可能惹起结果的情况,纵然现实上的行为完全无害(客观上毫无危险),行为人亦将因该计划(意图)而受处罚,如此对于因法敌对的(犯罪的)意图所形成法秩序的未来危险,而先行科处罚者,乃将“预防”思想(特别预防)展现在处罚未遂的关连上。<sup>〔10〕</sup> 正如其后参与修法的 Wilhelm Callas 所言:“依我的见解,今日的主观未遂论已经不是以心态刑法(心志刑法)作为方向,而是属于新的不法解读的归结(结果)。即,从单纯结果无价值的观察转移至与目的行为论有关的行为无价值的结果。对我们而言,刑法不法的核心,已经不是以法益侵害,而是以朝向犯罪结果之意思的显现作为其特征。仅有将结果无价值的思考置于根底时,才能形成将单纯的恶性显现与不能未遂的处罚相连结的思考。从行为无价值的观点而言,即便仅仅主观上危险的不能未遂亦属于违法行为,而非单纯的意思显现。理由在于,即使在不能未遂的情况,行为人亦已经根据实际上的行为而显示出其朝犯罪结果的意思。重要的在于依此所导出的更进一步的归结。易言之,‘意思是否已经朝向犯罪目标、是否可称该意思的显现已

〔7〕 参见(日)森住信人:《未遂处罚の理论的构造》,専修大学出版社2007年版,第49页。

〔8〕 参见(日)宗岡嗣郎:《客観的未遂论の基本构造》,成文堂1990年版,第99页。

〔9〕 参见森住信人,见前注〔7〕,第48—53页。

〔10〕 参见宗岡嗣郎,见前注〔8〕,第67页。

经存在(具备)’等,必须以法秩序作为线索而从客观上加以考虑。”〔11〕

总而言之,主观未遂论系以主观主义刑法思想为基础,重视犯罪行为所显现之行为人反社会性格(恶性)的侵害意思、法的敌对意思。换言之,此理论主张“处罚未遂行为的关键点,并不在于未遂行为对于构成要件所保护的行为客体的事实危险,而是行为人以其行为表露其主观心态上对于法律的敌对性,而形成故意的行为不法”。〔12〕因而被认为主观未遂论的思想基础,就在于社会伦理价值的强调与防卫社会的强烈要求。〔13〕

## 2. 客观未遂论

在德国,1975年现行刑法施行前,最早的客观未遂理论倡导者乃以客观主义刑法思想为基础而主张犯罪乃“权利之侵害”的 Paul Johann Anselm von Feuerbach,其认为未遂犯的成立必须具备因外在障碍而不发生结果以及行为与意图之犯罪间具有原因关系(即客观的危险)。其后,Carl Joseph Anton Mittermaier 进一步解释,认为“仅仅与意图之犯罪间有因果关系之行为被实施时,该未遂始得视为有危险”,反之“无论任何行为及任何状况皆不可能发生所意图之犯罪时,该行为不具可罚性”,而将前者称为可罚未遂的“相对不能”,后者称为不可罚未遂的“绝对不能”。惟,对于此等以“事后判断”界定绝对不能与相对不能之旧客观说主张展开批评者乃 Franz von Litz 所主张的新客观说,即认为危险性的判断,乃以事后的预测,于行为的时点,考虑一般认识的情势与行为人认识的诸情势所为的“事前判断”。〔14〕然,1930年以后,主观未遂论在德国已经形成支配地位,加之司法实务一向坚持主观未遂论,因此战后的修法至1975年的现行刑法未遂犯规定很自然地是以主观未遂论为基础,至此客观未遂论在解释论上可谓已经毫无立足的空间。

反观日本,在二次大战后,尤其近三四十年以来,无论是在司法实务界或学界,主观主义刑法思想可谓已经销声匿迹,完全为客观主义刑法思想所支配。而以刑法的法益保护功能以及要求作为最后手段的刑法谦抑性原则为基础的客观主义刑法思想所强调的并非行为人的犯罪意思,〔15〕乃是外在的行为与结果,而主张犯罪行为的本质乃法益的侵害,即着眼于行为所带有或惹起的“法益的侵害”。因此,对于现实上是否存在法益的侵害(有或无),形成决定性之差异;若贯彻此思想,则犯罪行为的处罚将仅限于既遂的情况,如此实不足以预防或遏止犯罪。因此为了使法益或客体的保护更加周延,对于较重大的各种犯罪,现实上纵使尚未侵害到法益,而是具有“法益侵害的客观危险(或发生结果之客观危险)”时,亦不得不例外地加以处罚。

〔11〕 Wilhelm Callas, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Bd., Allgemeiner Teil, 14. bis 25. Sitzung, 1958, S. 195; 佐藤拓磨,见前注〔4〕,第28—29页。

〔12〕 林山田:《刑法通论(上)》(增订十版),元照出版公司2008年版,第461页。

〔13〕 参见(日)大沼邦弘:“未遂犯の実質处罚根拠”,《法学論集(上智大学)》1974年18卷1号,第106—108页。

〔14〕 参见森住信人,见前注〔7〕,第39—45页。另有学者将“旧客观说”称为“绝对的不能—相对的不能区别说”,将“新客观说”称为“具体的危险说”。参见宗岡嗣郎,见前注〔8〕,第90页。

〔15〕 参见大沼邦弘,见前注〔13〕,第108—110页。

易言之,主张未遂犯的处罚根据并非在于行为人的犯罪意思(法的敌对意思),而在于行为人的行为所惹起或具有的“法益侵害的客观危险(或发生结果的客观危险)”,即所谓的“客观未遂论”。

虽然客观未遂论已经成为日本支配甚至唯一的立场,然其内部对于“法益侵害的客观危险”(或发生结果的客观危险)的解读,却呈现相当多样而分歧的见解。分歧的理由基本上系由于客观主义犯罪理论内部对于“违法性(不法)实质”采取不同见解而形成。大致可分为二个方向:其一,立足于行为无价值论(正确说乃行为无价值与结果无价值二元论,或称二元的人的不法论)立场,认为所谓“结果发生的危险”乃指“侵害法益的一般可能性”所称的“行为的危险性”(行为本身的危险),危险有无系根据“行为”而加以判断,当行为本身具备结果发生的危险时,即可成立未遂犯(危险行为说或行为危险说),其特点在于,于判断行为危险性时,行为人的意思(一般主观违法要素的故意或行为人计划)亦作为判断材料;其二,立足于结果无价值论立场(或称“物的不法论”),认为未遂犯的处罚根据乃在于“法益侵害的现实(具体)危险的发生”,而“结果发生的危险”[法益侵害的现实(具体)危险]乃作为“结果的危险”加以掌握,因此当存在有侵害结果发生的迫切时点,始有可能成立未遂犯(危险结果说或结果危险说),惟关于危险判断时,是否加入行为人主观的故意,存在分歧,<sup>[16]</sup>有将未遂犯的故意视为主观违法要素者,因此而持肯定立场者,另有则认为在客观危险的判断应排除一切主观面者。<sup>[17]</sup>

另有值得瞩目者,乃综合上述“危险行为说或行为危险说”与“危险结果说或结果危险说”之见解者:其一,即基本上立于结果无价值论立场,惟认为“行为无价值”仅属于表征行为违法性的要素,仅仅在与结果无价值的关系上有形式的、非独立的违法要素,<sup>[18]</sup>进而主张,虽然通常无论是有关“着手实行”与“不能犯”(法益侵害之具体危险的不发生)的问题皆处于表里关系,皆属于与法益侵害之危险的有无而被讨论,但是前者(着手实行论)乃实行行为所具有作为行为属性之法益侵害的一般危险性(行为的危险性)的问题,为行为无价值的“事前判断”问题,而后者(不能犯论)则属于行为结果之法益侵害的现实危险(结果的危险)的问题,为结果无价值的“事后判断”问题,即便前者的行为危险性被肯定时,仅仅具备了“行为无价值”而已,必须后者的结果危险亦被肯定时,始具备未遂犯的“结果无价值”。易言之,在前者的行为危险被肯定前提下,若后者的结果危险亦被肯定时,乃属于可罚的未遂犯(障碍未遂),若被否定时,则属于不可罚的不能犯(不能未遂);<sup>[19]</sup>其二,立足于行为无价值与结果无价值二元论立场,认为实行行为(该当构成要件的行为)乃违反行为规范的行为,其危险性内容系以对法益的抽象危险性(得以发生具体危险的危险)为已足,惟立于未遂犯的危险系作为制裁规范发动条件的地

[16] 关于结果无价值论有关故意是否属于主观违法性要素,肯定立场的代表者,参见(日)平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第314页等;否定立场的代表者,参见(日)内藤谦:《刑法讲义总论》(上),有斐阁1983年版,第220—222页;(日)中山研一:《刑法总论》,成文堂1982年版,第411页等。

[17] 参见(日)曾根威彦:《刑法原论》,成文堂2016年版,第461页。

[18] 同上注,第166页。

[19] 参见曾根威彦,见前注[17],第165、462—463页。

位而言,其内容必须是对于法益(严密上,乃行为客体)的具体危险,详言之,肯定未遂犯的成立必须以具备①着手于犯罪的实行;②发生了法益的具体危险;③没有发生构成要件的结果等三要件为必要;〔20〕其三,从反对一元的结果无价值论而提倡二元的结果无价值论立场,并且立于既遂犯或未遂犯皆具有“行为、结果与因果关系”之共通的论理构造前提下,主张未遂犯的处罚根据乃在于侵害法益的客观危险(可能性),进而认为该危险系由对特定法益侵害之“行为的危险”(抽象的危险)与“作为结果的危险”(具体的危险)所构成,前者以行为时的客观情况(情势)为基础加以判断,而后者则以客观的、事后的情况(情势)为基础加以判断,〔21〕除了将前者的“行为的危险”与后者的“作为结果的危险”两者作为未遂犯的成立要件之外,同时主张此二者皆与法益侵害性有关而属结果无价值性的领域,〔22〕即所提倡“二元的结果无价值论”。

以上关于日本所采客观未遂论的内部细分,虽然由于对违法性(不法)的实质所采立场的不同(一元结果无价值论、行为无价值结果无价值二元论甚至二元结果无价值论),就有关未遂犯的“客观危险”究竟系“行为危险”“结果危险”或“行为危险加上结果危险”而存在分歧见解,但是一般皆认为所谓的“客观的危险”系指法益侵害的危险。然而,亦有日本学说认为,“行为客体”乃构成要件所规定的外在行为之对象(例如杀人罪的“人”),“法益”则系从构成要件所导出在刑法规范的关系上始得以认识的法保护对象(例如杀人罪所导出的“生命”),在犯罪的成立上,是否要求行为对于前者(行为客体)发生作用所产生的“结果”(例如“死亡结果”),而分为“结果犯”与“行为犯”(举动犯),至于行为对于后者(法益)是否造成实际的侵害或仅仅处于危险,而可分为“实害犯”与“危险犯”。依此,结果犯可以为“实害犯”(如杀人罪)与“危险犯”(如放火罪),行为犯(举动犯)可以为“实害犯”(如侵入住居罪)与“危险犯”(如伪证罪),从而“未遂犯的危险”与“危险犯的危险”应各有其不同内容,未遂犯或不能犯的危险性乃行为对于行为客体发生结果的可能性,而非对于法益发生侵害的可能性。〔23〕或有认为,具体危险犯的“具体危险”乃指对于构成要件所设定(预定)之保护法益的危险,而未遂犯所谓的“危险”则系意味既遂犯构成要件实现的盖然性,未必系指对于法益之直接的危险。〔24〕依此,究竟客观未遂论所主张的“客观的危险”,是否系指法益侵害的客观危险,或指构成要件结果发生的客观危险,存在上述分歧的见解。

### (三)主观客观混合未遂论(印象理论)

德国在1975年修法前之旧刑法时期,由于纯主观未遂论过于强调行为人的反社会危险性(法的敌对意思),不仅无法解释为何区别处罚既遂与处罚未遂的理由,亦无法圆满说明迷信犯等不可罚的未遂,因此当时已经开始有学者倡导“印象理论”。例如Ludwig von Bar对于未遂

〔20〕 参见(日)高桥则夫:《刑法总论》(第4版),成文堂2018年版,第110、253、393页。

〔21〕 参见(日)名和鐵郎:《现代刑法の理论与课题——二元的结果无价值论の提唱》,成文堂2015年版,第154页。作者将其主张称为“综合的客观说或综合的危险说”。

〔22〕 同上注,第103页。

〔23〕 参见高桥则夫,见前注〔20〕,第112—113页。

〔24〕 参见(日)岡本勝:《犯罪论と刑法思想》,信山社2000年版,第78页;佐藤拓磨,见前注〔4〕,第9页。

的处罚根据虽然立足于纯粹的主观未遂论立场,但是认为为了限制未遂的可罚性,以“行为所具有的某种印象”(ein gewisser Eindruck der Tat)的客观要素为必要,易言之,依 Bar 的见解,虽然将未遂犯的处罚根据求之于犯罪的意思,但是在可罚的未遂与不可罚的未遂之区别上却以“行为的印象”作为其客观的基准;另外,Edmund Mezger 虽然将未遂的处罚根据求之于法益侵害的危险性而采客观未遂论立场,但是却以抽象化的“法益安全的动摇”判断法益侵害的危险性,即可罚的未遂与不可罚的未遂系根据“法益安全的动摇”加以判断。易言之,此印象理论乃根据“行为的印象”而判断是否具有社会心理的“法益安全的动摇”的见解。<sup>[25]</sup>

在 1975 年德国现行刑法施行之后,至少在 1979 年后印象理论已经成为德国的支配见解,<sup>[26]</sup>基本上如 Arbin Eser 所称,未遂犯的处罚根据系从反映犯罪意思的活动而动摇法的印象而来,即根据显在化的法敌对意思而动摇法秩序效力的一般信赖;惟其内部却存在不同的主张内容。例如,以主观未遂论为基础的 Vogler 即认为,虽未遂犯的处罚根据乃在于犯罪的意思,然必须是根据反映在行为的意思显现而动摇对于法秩序效力的一般信赖与法安定性的情感,进而扰乱法的和平,始具有其当罚性;又如,Hans Heinrich Jescheck 亦认为,未遂犯的处罚根据虽然在于违反行为规范的意思显现,但是得以肯定其当罚性的乃限于因该意思的显现而动摇一般人对于法秩序妥当性的信赖与法安定性的情感,而有损法的和平始可。<sup>[27]</sup>惟,Claus Roxin 则采取统合说(Vereinigungstheorie)(二元论)立场,即认为未遂犯的处罚根据必须建立在一般预防与特别预防的要罚性上,因此可能未遂的处罚根据乃在于“与构成要件紧密(密切)连结的危险化(危殆化)”,而不能未遂的处罚根据则在于“与构成要件紧密连结而使法动摇的规范违反”,简言之,一般未遂犯的处罚根据乃在于“法益侵害的危险性”,而现行法所肯定的不能未遂可罚性则在于“使法动摇的规范违反”,以此二元的思维掌握未遂的处罚根据;亦因此,日本学者认为 Claus Roxin 所采的统合说,非以主观未遂论为基础而系以客观未遂论为基础的 impression 理论。<sup>[28]</sup>

目前德国的印象理论,基本上系以主观未遂论为基础,其内容即如中国台湾地区学者所称,此理论“系以主观未遂理论为出发点,并辅以客观未遂理论的见解而成,认为未遂犯的可罚性,乃在于行为人以未遂行为显示其与法律规范相违背的意思,这种客观可见的未遂行为,因为足以震惊社会大众对于法律的信赖,而破坏法律的安定性与法律秩序,故具应刑罚性。依据主观与客观混合的未遂理论的见解,认为并非所有出于主观犯意的未遂行为,均具应刑罚性,而应加以刑罚的制裁,而是表征主观犯意的客观行为,足以令社会大众感到不安,法律若对之

[25] 参见森住信人,见前注[7],第 55—57 页。

[26] Vgl. Claus Roxin, Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, S. 1 ff; 森住信人,见前注[7],第 62 页。

[27] 参见耶塞克等,见前注[5],第 399 页。

[28] Vgl. Claus Roxin, Über den Strafgrund des Versuchs, in: Festschrift für Haruo Nishihara, Bd.5, 1998, S. 157 ff; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 29 I Rn. 9 ff, S. 335 ff; 森住信人,见前注[7],第 59—60 页。

不加以制裁,则足以危害法律的安定性与法律秩序者,始有加以刑罚制裁的必要”;〔29〕简言之,此理论基本上以行为所显现之主观的犯罪意思(法的敌对意思)而附带以客观的“法动摇之印象”作为未遂犯的处罚根据,因此其处罚的根据乃维持在主观与客观之间,或可谓在意思不法与危险不法之间。

## 四、思考与检讨

根据上述的分析,就有关未遂犯处罚根据的检讨,应可以从上述各国与区域的立法例、条文内容与学说见解加以思考,或许可以比较正确掌握大陆地区刑法有关未遂犯的处罚根据,进而妥适解读与适用并无明文的不能犯乃至有明文的中止犯。

### (一)德国刑法的未遂犯处罚根据

首先,从《德国刑法典》第22条规定“依据行为人对该犯行之认知(设想)(依行为人对犯罪行为之想象),已直接开始构成要件之实现者,为犯罪行为之未遂”内容以观,未遂犯的成立其主要根据为前段的“依据行为人对该犯行之认知(设想)”,其次再依第三人标准判断是否“已直接开始构成要件之实现”,〔30〕即以行为人主观为基础,附带参入客观的一般人(第三人)的要素(基准),因此可认为此规定比较明显采主客观综合考虑模式的主观客观混合未遂理论、即德国学说所称的“印象理论”,〔31〕或至少以主观未遂理论基础;此外,受到司法实务与学说所支配的主观未遂论的强烈影响,修法后的1975年现行刑法将旧刑法参考法国刑法所规定相对倾向显示客观层面要素的“着手实行”(Anfang der Ausführung)加以删除,而规定以主观层面的“行为人对该犯行之认知(设想)”为基础,亦凸显在德国刑法的未遂犯处罚根据乃立足于主观未遂论或主观客观混合未遂论。

其次,从该第23条第3款所规定“不能未遂”的可罚性可知,由于与一般未遂犯同样因行为入已经显现主观上的法敌对意思而具有可罚性,仅因主观上“行为入因明显无知(重大无知)而有所误认时”(即行为入主观认知存在重大无知时),法院得以减轻或免除其刑而已(任意的减免),比较明确立足于主观未遂论或主观客观混合未遂论。

再者,从该第24条所规定“中止未遂”内容可知,凡符合中止未遂的要件者,其法律效果为“不处罚(不罚)”,无论学说上对于该“不罚”的理由存在刑事政策理论、奖赏理论或者刑罚目的理论的分歧,但其最根本的源由乃在于中止者放弃了犯罪意思而不存在主观上的法的敌对意思。换言之,依据主观未遂论或主观客观混合未遂论所主张的未遂犯处罚根据(基础)的行为入法敌对意思已经不存在,因此无处罚的必要,而不具可罚性。依上述所言,明显显示现行德

〔29〕 林山田,见前注〔12〕,第462页。同见解参见黄荣坚:《基础刑法学·下》,元照出版公司2012年版,第474—475页;林钰雄,见前注〔1〕,第364页;玉皇玉:《刑法总则》,新学林出版股份有限公司2019年版,第372页。

〔30〕 参见许恒达,见前注〔3〕,第2427页。

〔31〕 参见许恒达,见前注〔3〕,第2427页。

国刑法有关未遂犯的处罚根据乃立足于主观未遂论或主观客观混合未遂论,同时亦显示客观未遂论已经难有解释与存在的空间。

## (二)日本刑法的未遂犯处罚根据

从1907年仿照法国刑法与德国旧刑法有关未遂犯规定以来的日本现行刑法,就其未遂犯规定内容与没有“不能未遂(或不能犯)”明文以思考其未遂犯处罚根据与不能犯的可罚性时,虽然早期有采主观未遂论立场加以解读者,<sup>[32]</sup>但是二次大战后主观主义刑法思想已经在日本销声匿迹,至今客观主义刑法思想几乎已经完全支配日本司法实务与学说,因此无论是未遂犯的处罚根据与不能犯是否具有可罚性的议题,亦全都立足于客观未遂论,仅学说内部对于客观未遂论所称“客观的危险”的理解存在复杂而分歧的见解,已如前所述。事实上,除了该现行《日本刑法典》第43条所规定“着手于犯罪之实行(犯罪の实行に着手し)”的“着手实行”或“实行行为”的概念本身,亦都以是否具有“客观危险”作为成立与否的内容之外,从1974年《日本改正刑法草案》第25条新增“不能犯”的明文规定内容“在行为的性质上几乎(およそ)不能发生结果时,不得以未遂犯加以处罚”(行为が、その性質上、結果を発生させることのおよそ不能なものであつたときは、未遂犯としてはこれを罰しない)亦可以获知,该规定系立足于客观未遂论的立场;进一步而言,无论是现行刑法无明文或改正草案明文的“不能犯”皆为“不罚”,反之对于中止未遂,则明文为“减轻或免除其刑”(必要减免),其理由就在于不能犯并不存在结果发生(或法益侵害)之客观危险,而中止未遂则由于行为人已经着手实行而存在“该危险”,仅由于行为人的任意性中止而没有发生结果,因此采取必要的减免而非不罚;此亦凸显何以日本刑法是采客观未遂理论而德国刑法则采主观未遂理论或主观客观混合未遂理论非常重要的依据,易言之,若采客观未遂理论,不能犯由于不存在“客观危险”,必然不构成犯罪而“不罚”,中止未遂由于存在“客观危险”,必然成立犯罪而仅“减轻或免除其刑”,反之若采主观未遂理论或主观客观混合未遂理论,则不能犯由于依然存在法的敌对意思,因此必然成立犯罪,仅得减轻或得免除其刑,至于中止未遂则由于已经不存在法的敌对意思,因此成为“不罚”。此外,有关普通未遂的处罚,虽然规定为“得减轻其刑”(任意减轻)而多少带有些许主观主义色彩,但是或如日本学者所言“即便同属于未遂,但是其中亦包含有发生近乎既遂的重大结果的情况,因此(任意减轻)不减轻亦与客观主义不发生矛盾”。<sup>[33]</sup>

## (三)中国台湾地区“刑法”的未遂犯处罚根据

中国台湾地区“刑法”于1935年至2005年6月之间,有关未遂犯相关规定为第25条“已着手于犯罪行为之实行而不遂者,为未遂犯”、第26条“未遂犯之处罚,以有特别规定者为限,并得按既遂犯之刑减轻之。但行为不能发生犯罪之结果,又无危险者,减轻或免除其刑”、第

[32] 参见(日)牧野英一:《改订日本刑法》,有斐阁1933年版,第276—277页;(日)宫本英修:《刑法大纲》,弘文堂1935年版,第178—179页;(日)木村龟二:《刑法总论》(阿部纯二增补),有斐阁1978年版,第341—346页。

[33] (日)井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂2005年版,第247页,注1。

27条“已着手于犯罪行为之实行，而因己意中止或防止其结果之发生者，减轻或免除其刑”。然，如前所述2005年7月以后的现行“刑法”第25条将原“刑法”第26条前段有关普通未遂的处罚规定，移至为第2项，而第26条将原“刑法”第26条后段有关不能犯的“减轻或免除其刑”处罚规定，修改为“不罚”，至于第27条虽然增加“准中止未遂(犯)”(第1项后段)与共同犯罪的中止(第2项)规定，则原则上维持原第27条的规定内容。

其中，最为重要者莫过于将第26条不能犯规定从“减轻或免除其刑”修改为“不罚”，而修法理由称：“关于未遂犯之规定，学理中有采客观未遂论、主观未遂论或折衷之‘印象理论’。参诸不能犯之前提系以法益未受侵害或未有受侵害之危险，如仍对于不能发生法益侵害或危险之行为课处刑罚，无异对于行为人表露其主观心态对法律敌对性之制裁，在现代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基于刑法谦抑原则、法益保护之功能及未遂犯之整体理论，宜改采客观未遂论，亦即行为如不能发生犯罪之结果，又无危险者，不构成刑事犯罪。”非常明确地采取客观未遂理论；易言之，当行为不能发生犯罪结果且又无危险时，不构成犯罪而不处罚。

惟，即便修法理由明确采取客观未遂理论，但是相当诡异的是“主观客观混合未遂理论”却是目前中国台湾地区学说的通说见解。主要的原因乃在于中国台湾地区刑法学界多数学者系留学于德国，虽然从前述所罗列现行德国刑法与中国台湾地区“刑法”有关未遂犯规定内容存在极大的差异，但是多数留德学者依然忽视其中的不同，而坚持采取以德国现行刑法为内容的德国未遂犯理论，即主观客观混合未遂理论(印象理论)。<sup>[34]</sup>然而，从未遂犯规定条文内容以观，现行中国台湾地区“刑法”几乎与日本刑法相同，而与德国刑法存在极大差异，乃不争的事实。例如，中国台湾地区“刑法”第25条第1款普通未遂犯成立要件要求“已着手于犯罪行为之实行”、即必须具有客观上的“着手实行”，《德国刑法典》第22条则要求“根据行为人的表象(认知)，已经开始实现构成要件”而采取主观与客观的混合方式；中国台湾地区“刑法”第26条不仅对于不能犯的成立要求“不能发生犯罪结果，又无危险”，且为“不罚”(不成立犯罪而不具可罚性)，《德国刑法典》第23条第3款不能犯的成立则要求“其行为遂行之对象或以此为遂行行为之手段性质上，完全不能达于既遂者，行为人因明显无知(重大无知)而有所误认时”，且规定为“得免除其刑或依裁量减轻其刑”(成立犯罪而具有可罚性)；中国台湾地区“刑法”第27条中止未遂规定“减轻或免除其刑”(具可罚性，仅必要的减轻)，而《德国刑法典》第24条中止未遂规定为“不处罚”。

如上所分析说明，应该非常清楚，由于中国台湾地区“刑法”系采取以“客观危险”为基础的客观未遂理论，因此除特别强调客观面的实行行为(着手实行)外，<sup>[35]</sup>更以“客观危险”的不存在而将依然存在“法敌对意思”的不能犯规定为“不能发生犯罪结果，又‘无危险’者，‘不罚’”，

[34] 参见黄荣坚，见前注[29]，第474—475页；林钰雄，见前注[1]，第364页；玉皇玉，见前注[29]，第372页。

[35] 参见许恒达，见前注[3]，第2433—2434页。

且将存在“客观危险”而无“法的敌对意思”的中止未遂规定为具有可罚性的“减轻其刑”(必要的减免)而已;相对于德国刑法,由于系采以“法的敌对意思”为基础依据的主观未遂理论或主观客观混合理论,因此不能未遂即便无客观危险,但是因存在“法的敌对意思”而规定为构成犯罪“但得减轻或得免除其刑”,中止未遂则即便存在“客观危险”,但是因已经无“法的敌对意思”,而规定为“不罚”。〔36〕依此而论,认为中国台湾地区“刑法”系采主观客观混合未遂理论(印象理论)的说词与主张,过于漠视中国台湾地区与德国刑法相关规定之间的关键性差异以及因此而所形成的思想上不同,因此实在难以理解与认同。

## 五、大陆地区刑法未遂犯处罚根据的思想脉络

由于未遂犯处罚根据的议题与不能犯议题属于表里关系,因此大陆地区多数相关著作主要以不能犯作为主题,以此回溯延伸论及未遂犯的处罚根据。然,以大陆地区刑法与德国刑法、日本刑法及中国台湾地区“刑法”所存在的明显异同加以思考,若仅仅单纯从参考日本或德国有不能犯的论述观点回溯论及大陆地区刑法未遂犯的处罚根据,应该会形成不够周延而缺乏说服力之失;易言之,思考大陆地区刑法有关未遂犯的处罚根据与不能犯甚至中止犯的问题,除了必须从各国与地区刑法有关未遂犯相关规定整体内容加以思考,亦即思考各国与地区刑法有关未遂犯规定究竟采取如何的处罚根据之外,同时亦须从大陆地区刑法有关未遂犯(包含预备犯)整体规定乃至大陆地区刑法整体加以思考,始得以较为妥适理解大陆地区刑法究竟系倾向于何种未遂犯处罚根据理论以及不能犯甚至中止犯应该如何解读较为适当的问题。

### (一)大陆地区刑法整体的思想主轴

以德国、日本刑法为例,虽然基本上皆以客观主义刑法思想(行为刑法)为主轴,但是德国刑法对于有关未遂犯以及教唆犯部分,确有明显的主观主义刑法思想的倾向,除了在未遂犯部分有关不能犯可罚性的规定(第23条第3款)外,教唆犯部分亦存在重罪的教唆未遂的独立处罚规定(第30条第1款);相对于日本,不仅基本上系以客观主义刑法思想为中心,即便是未遂犯以及教唆犯,亦相当地贯彻客观主义刑法思想,仅仅在判断素材上存在是否应加入行为人主观意思以及该主观意思内容为何的不同见解而已。至于大陆地区刑法整体(尤其犯罪论)的思想主轴究竟系倾向主观主义刑法思想或客观主义刑法思想?若是以主观主义刑法思想为主轴,则对于未遂犯规定是否依然以主观主义刑法思想为主轴,或附带的采取客观主义刑法思想?反之,若是以客观主义刑法思想为主轴,则对于未遂犯规定是否附带的采主观主义刑法思想?关于此问题,内地刑法学者间见解有相当分歧,其中有以传统四要件理论加以解析者,而

〔36〕 详细说明,请参见陈子平:“犯罪论重要问题的思想脉络——未遂犯篇”,《月旦法学教室》2011年第100期,第196—201页。

多数则以三阶层犯罪论体系加以解析。<sup>〔37〕</sup>

有以传统四要件理论而认为无论是1979年刑法或1997年刑法皆同时具有主观主义与客观主义刑法思想,却又强调主观主义刑法思想者,即认为“在我国,刑法中主观与客观相统一原则,是指构成犯罪和追究刑事责任,要求行为人在客观上必须实施了危害行为,在主观上必须具有罪过,两者相互依存,缺一不可。我国刑法中主客观相统一原则与主观主义存在着非常密切的联系”,<sup>〔38〕</sup>惟亦称“无论是1979年刑法典,还是1997年刑法典,主观主义与客观主义都有其反映”“客观地讲,1979年以及1997年两部刑法典都吸收了主观主义和客观主义的有益思想,很难讲,哪部刑法典就一定表现出什么样的立场倾向或者刑法经过1997年的修订,就由主观主义转向客观主义”。<sup>〔39〕</sup>然而,本文粗浅的认为,许多维持“主观与客观相统一原则”的传统犯罪四要件理论的主张,似乎游走迷失于主观主义与客观主义刑法思想之间;换言之,从近代大陆地区法系国家的刑法立法上而言,通常在基本上皆会以主观主义或客观主义刑法思想作为其中心思想,在该思想下,或许例外而附带地承认主观主义或客观主义内容,或许在违法判断上参入主观或客观要素,但是并没有所谓同时是以主观主义刑法思想以及客观主义刑法思想作为该刑法立法的中心思想者,原因在于在刑法的核心思想上二者是难以互通甚至是互斥,虽然早期有称二者(古典学派与近代学派的主张)的论争获得缓和,但是该缓和仅显现在法律效果的刑罚论而非犯罪成立的犯罪论上。

另外有采三阶层犯罪论体系而认为,1979年刑法系倾向于主观主义刑法思想、1997年刑法则改为倾向于客观主义刑法思想者。比较具有代表性的说法认为,1979年刑法倾向主观主义刑法思想的主要理由在于“旧刑法对犯罪构成要件的规定比较简单,多处使用‘等’‘其他’之类难以限定范围的用语,过多地将‘情节严重’‘情节恶劣’作为构成要件,对法定刑升格的条件没有具体规定等”“对犯罪预备与犯罪未遂设立了一般处罚规定”“旧刑法根据行为人的目的(或动机)不同,规定为不同的犯罪。例如,同是故意杀人、伤害行为,根据是否具有反革命目的,规定为不同犯罪”“在限定犯罪成立方面,许多条文也只是从目的(或动机)着手”等,<sup>〔40〕</sup>而1997年刑法转向客观主义刑法的主要理由则在于“新刑法的规定相当具体”“新刑法对客观行为相同、罪过内容相同的犯罪,一般规定为一种犯罪,不规定为不同的犯罪”“新刑法的许多条文,通过对客观行为的描述来限定主观要素”“新刑法对常见、严重犯罪中影响法定刑升格的因素作了具体规定,但影响法定刑升格的因素只限于客观因素,没有任何条文

〔37〕 关于四要件与三阶层犯罪论体系之争,如车浩教授所言:“犯罪论体系不是一种制度安排,更不是基本国策,不能用‘制度(政策)运行良好没有出大错’也就不需要改变这样的思维,来论证某一种学说的理论优势。无论是三阶层还是四要件,都从来没有被明确规定在刑法典之中,而仅仅是一种学术理论。”参见车浩:《阶层犯罪论的构造》,法律出版社2017年版,第10页。

〔38〕 郭泽强:“我国刑法中主观主义地位的界定——兼与张明楷教授、周光权博士商榷”,《法学》2005年第5期,第93页。

〔39〕 同上注,第92页。

〔40〕 张明楷:“新刑法与客观主义”,《法学研究》1997年第6期,第95—96页。

明文将犯罪动机卑鄙、主观恶性严重等作为法定刑升格的条件”等。<sup>〔41〕</sup> 本文则认为,上述新刑法转向客观主义的理由,尤其是所谓“规定相当具体”“对于客观行为、罪过内容相同,仅归定为一种犯罪”“通过对客观行为的描述来限定主观要素”等,虽然或可说对于倾向客观主义有某种程度的表征,但是不是非常重要的表征,易言之,即便采主观主义刑法思想亦非不可做相关的规定内容。

亦有采三阶层犯罪论体系而认为无论是1979年刑法或1997年刑法皆倾向于客观主义刑法思想者。其中比较代表的说法认为1979年刑法倾向于客观主义刑法思想的主要理由在于,1979年《刑法》第10条规定构成犯罪的是“危害社会的行为”、第14条至16条否定未成年人和精神病人能够成为犯罪的主体、“从‘逐步完善’这一用词就可以看出,当时的指导思想并不是就满足于这种粗疏的状态,而是寄希望于日后的改善”以及对于类推适用的规定立法者并未表现出赞赏与肯定、17年间司法实践上类推适用的案件极少等等,<sup>〔42〕</sup>而总结的说“1979年刑法是一部以客观主义行为刑法为基调的刑法,它的不足反映的是时代的局限性,与主观主义无关”;<sup>〔43〕</sup>至于,对于1997年刑法则认为“我国1979年刑法即为一部客观主义的行为刑法,因而笔者不认为1997年刑法在刑法的基本立场上有任何的重大转变。相反,笔者认为1997年刑法贯彻了保持连续性、稳定性的这一指导思想”,因此“具体而言,1997年刑法的进步更多地应当归功于立法技术的进步”,而“1997年刑法在立法技术上较之1979年刑法有了诸多的改进。例如,根据实践中所积累的经验,大量扩充了刑法中的罪名,同时相应地废除了类推制度,而正式确立罪刑法定的基本原则;将原来含混的口袋罪分解为许多具体的罪名;对法定刑的升格条件作了具体规定,进一步缩小了法定刑的幅度;对假释、减刑的条件规定得更加具体”“这些改动显示出我国刑法对客观主义立场的一贯坚守,反映出立法者‘修改补充法律,成熟一条就修改补充一条’的一贯立场”。<sup>〔44〕</sup> 惟,本文以为,上述理由,尤其是“未成年人和精神病人”“寄希望于日后的改善”以及“立法者也并没有对这种制度表现出太多的赞赏与肯定立法者”与“17年间,全国按照类推定罪案件总共只有92件”等作为将1979年刑法定位为行为刑法(客观主义刑法)的理由,实在过于牵强而不具有说服力;至于将1997年刑法同样定位为客观主义刑法的说词,本文认为既然“1997年刑法贯彻了保持连续性、稳定性的这一指导思想”,因此若1979年刑法并非倾向于客观主义刑法,则1997年刑法亦非贯彻客观主义的刑法。

本文粗浅的分析认为,大陆地区第一部刑法典在1979年成立之前乃至成立当时,刑法理论与思想几乎毋庸置疑地受到苏联刑法思想的影响,虽然在犯罪论上系以所谓“主观客观相统

〔41〕 同上注,第98页。

〔42〕 参见陈家林:“我国不能犯理论基本立场的再定位”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第11卷),法律出版社2007年版,第87—90页。

〔43〕 同上注,第90页。

〔44〕 陈家林,见前注〔42〕,第90—92页。

一”作为基本原则的采四要件理论,但是事实上却更重视主观的内容,<sup>[45]</sup>且亦未形成德国日本所称的主观主义刑法思想(近代学派)与客观主义刑法思想(古典学派)的“学派论争”。<sup>[46]</sup>因此,或许我们可以如此的思考,即在当时除受到苏联刑法思想的影响之外,加上当时大陆地区内部的状况,新成立的刑法并不存在主观主义刑法思想与客观主义刑法思想的考虑,而仅仅将其作为打击犯罪、抑止犯罪的工具而已,亦即赋予司法机关、审判机关在适用刑法工具时极大而宽松的解释空间,尤其从1979年第一部刑法成立前的刑法起草过程,或许亦可以看出端倪,即从1954年10月开始起草刑法到1963年第33稿后,因四清运动与“文化大革命”而中断,直至1978年10月以该第33稿草案为蓝本,来年1979年7月即通过第一部刑法,因此或许可谓此刑法的整体依然停留在1963年的思想,自然难有以主观或客观主义刑法思想作为出发点的思考。

至于,有关1997年的现行刑法,虽然有学者以规定相当具体且符合客观主义罪刑法定、罪刑均衡原则以及许多条文通过客观行为的描述来限定主观要素等等,而认为已经从1979年刑法所采主观主义刑法思想转向以客观主义刑法思想为基础,<sup>[47]</sup>但是根据当时修订原则的说明、即“1997年修订刑法的指导思想主要有以下几点:(1)要制定一部有中国特色的、统一的、比较完备的刑法典。基于这一考虑,所有单行刑法均纳入新刑法;附属刑法的部分规定成为刑法分则的具体条款;对一些新类型的犯罪也作了规定。(2)注意保持刑法的连续性与稳定性。对刑法的原有规定,如果没有原则性问题,尽量不作修改。(3)对原来比较笼统的规定,尽量做出具体规定”,<sup>[48]</sup>似乎在强调与1979年刑法的延续性与稳定性,而仅对于原较笼统的规定尽量做具体规定,且1997年修订的刑法重点在于分则部分的修改而不在总则部分的修改,然而刑法总则乃整部刑法思想的核心,系刑法分则的指导原则的规定,即便将指标性的类推适用规定修改为罪刑法定主义(原则)似乎显示客观主义刑法的倾向,但是从刑法总则规定“情节显着轻微危害不大的,不认为是犯罪”以及分则规定许多缺乏明确性的抽象性而不符合构成要件判断的内容(如,“情节特别严重的”“情节特别恶劣的”“特别严重后果的”“情节较轻的”“数额较大的”“数额巨大或者有其他严重情节的”“数额特别巨大或者有其他特别严重情节的”等等)来看,依然是为了赋予司法审判机关有更大解释犯罪成立与否的空间,并无客观主义思想所强调的罪刑法定主义的明确性原则的思考,<sup>[49]</sup>此或许与长期受苏联刑法思想所影响且以所谓“主观客观相统一”作为基本原则而偏向主观主义思想的传统四要件理论有关,因此总结而言,若

[45] 参见张明楷:《刑法学(上册)》(第5版),法律出版社2016版,第9页;小口彦太:“中国刑法上の犯罪概念再论”,《早稻田法学》85卷3号,2010年,第397—398页。

[46] 张明楷,见前注[45],第9页。

[47] 张明楷,见前注[40],第98—102页。

[48] 王汉斌1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉的说明》。参见张明楷,见前注[45],第25页。

[49] 虽然,目前大陆地区学界创造了所谓“定性定量”的概念,以解决罪刑法定主义明确性原则的违反问题,但是“定性定量”的概念本身就有违反该原则之虞。

以近现代客观主义刑法思想与主观主义刑法思想的对立分歧加以思考,1979年刑法整体思想主轴应该是倾向主观主义刑法,即便1997年的现行刑法亦依然维持在主观主义刑法思想而非客观主义刑法思想。

## (二)大陆地区刑法未遂犯的思想主轴

在目前大量引用德国与日本刑法学相关资料进行探讨的大陆地区刑法学界所撰写的相关论著,尤其是有关不能犯问题的相关论文,大多数系以日本的学说理论为依据,<sup>[50]</sup>虽然少数亦有同时思考德日两国相关学说理论者,<sup>[51]</sup>但是最终可谓多数以日本学说见解作为依归,少数则以德国学说见解作为依归,而忽略了二者在思维上根本的差异、不同以及与大陆地区刑法规定的合致性,此亦形成目前大陆地区刑法学说见解紊乱的因素之一。

从前所述(立法例的说明与比较),大陆地区《刑法》第一编“总则”第二章“犯罪”第二节“犯罪的预备、未遂和中止”所规定的“犯罪预备”(第22条)“犯罪未遂”(第23条)“犯罪中止”(第24条),在整体规定架构与内容上,与德国、日本以及中国台湾地区“刑法”具有相当大的差异。依此,从近现代刑法思潮的主观主义刑法思想与客观主义刑法思想的分歧观点来看,大陆地区刑法有关未遂犯的思想主轴究竟是倾向于前者或后者,本文将做如下的分析思考。

第一,关于预备犯与未遂犯的处罚部分。首先,大陆地区《刑法》第22条有关预备犯不仅采原则的处罚,且采“任意的减免”(可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚)而非“必要的减免”;其次,第23条有关普通未遂的处罚系采“任意的减轻”(可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚)而非“必要的减轻”;再者,有关“中止犯”(含中止的预备犯、中止的未遂犯甚至中止的阴谋犯)的处罚,“没有造成损害的”采“必要的免除”(应当免除处罚),“造成损害的”则采“必要的减轻(应当减轻处罚)”。

本文以为,大陆地区刑法将非定型性的预备犯以原则性的处罚加以规定,同时采“任意的减免”,或可说明此规定,乃对于即便不存在类型性的客观(现实)危险,但已显示行为人的主观恶性(反社会的危险性)的预备行为,依然构成犯罪而具可罚性,即明显倾向于主观主义的刑法思想;对于未遂犯(普通未遂)同样是原则性的处罚加以规定,并采“任意的减轻”,此亦可说明是顺应预备犯原则处罚规定(即处罚行为人反社会的恶性),进一步将已经有现实危险的未遂行为同样以原则性处罚加以规定,仅由于存在现实危险而将处罚定为“任意的减轻”而已,相较于以主观未遂理论(以法的敌对意思作为主要处罚根据)为基础的德国现行刑法,将重罪的未遂原则上处罚、轻罪的未遂则例外处罚加以规定,且采“任意的减轻”。因此就此而推,大陆地

[50] 参见梁根林:“未遂犯处罚根据论:嬗变、选择与检验”,《法律科学》2015年第2期,第108—118页;聂长建:“不能犯与未遂犯区分标准研究”,《法商研究》2018年第6期,第71—81页;张梓弦:“不能犯论的日本路径及其借鉴意义”,《比较法研究》2019年第1期,第104—123页;何龙:“论不能犯的不可罚性”,《法律科学》2018年第4期,第80—93页。

[51] 参见张志钢:《论不能未遂的可罚性》,中国社会科学出版社2019年版;王俊:“不能犯中危险判断的客观化倾向之辨正”,《苏州大学学报(法学版)》2017年第4期,第96—105页;吕翰岳:“实行行为概念之解构”,《北大法律评论》2016年第2期,第116—150页。

区刑法有关未遂犯亦应该倾向于主观主义刑法思想的主观未遂理论；至于中止犯部分，从规定内容可知所谓“中止犯”（犯罪中止），系包含预备（或含阴谋）的中止以及未遂的中止，易言之，在预备、未遂阶段皆原则上加以处罚的前提下，各阶段的中止系以“没有造成损害的”采“必要的免除”（应当免除处罚）、“造成损害的”则采“必要的减轻”（应当减轻处罚）。换言之，在重视行为人反社会恶性（危险性）而将预备、未遂阶段的行为皆原则上加以处罚的前提下，放弃犯意（反社会的危险性的放弃）而中止时，若未造成损害时则免除刑罚，造成损害的则减轻刑罚，或许可以如此认为，无论在犯罪未完成的任何阶段同样属于反社会恶性（法敌对意思）显现，在主观主义刑法思想下，皆已经成立犯罪，惟其后行为人既然已经放弃犯意而不存在法的敌对意思（反社会的危险性），刑法即无处罚的必要，然由于其他政策性的因素而同时考虑客观上的损害（有如刑法分则许多规定“数额”“情节”），若造成损害的则采必要的减轻刑罚。<sup>〔52〕</sup>惟，应留意者，乃大陆地区刑法所规定的“应当免除处罚”（必要的免除）与德国刑法所规定“不处罚”，表面上看起来最终皆同样不受处罚，然由于大陆地区刑法尚有“应当减轻处罚”（必要的减轻）的规定，即显示犯罪依然成立而仅仅排除刑罚而已，因此与德国多数见解认为该国中止未遂的“不处罚”（个人专属解除刑罚事由、一身的刑罚消灭事由或阻却责任事由）系不构成犯罪而不受处罚，存在差异，此或许更凸显大陆地区刑法有关规定的主观主义刑法思想的倾向。<sup>〔53〕</sup>

第二，关于未遂犯的“着手实行犯罪”规定部分。此规定与日本刑法、中国台湾地区“刑法”相同于未遂犯的成立上要求“着手实行”（“着手实行犯罪”“着手于犯罪的实行”“着手于犯罪行为之实行”）。而所谓“着手实行”（实行之着手），虽然日本早期有从主观主义刑法思想加以解释者，但是主观主义刑法思想不仅难以合理解释未遂犯的“着手实行”，且该思想难以符合刑法的法益保护与人权保障功能，因此已经在日本司法实务与学说销声匿迹，而依目前支配日本学说的见解可知，无论是重视“行为的危险”或“结果的危险”，皆强调未遂犯“着手实行”的成立系以“客观危险”的存在为必要，若无客观危险时，则属于不能犯而不构成犯罪、不加以处罚；然而如前所述，如此的论理乃立足于以客观主义刑法思想为基础的客观未遂理论，而非立足于目前德国的主观未遂理论或主观客观混合未遂理论[如前述，德国刑法已经排除“着手实行”的概念，而改为主观、客观混合的“根据行为人的表象（认知），已经开始实现构成要件”]。

从上述第一“关于预备犯与未遂犯的处罚部分”看来，大陆地区刑法应该是着眼于主观主义刑法思想而立足于主观未遂理论或主观客观混合未遂理论，然从第二“关于未遂犯的‘着手实行犯罪’规定部分”看来，依目前日本支配学说，系根据客观主义刑法思想下所形成的客观未遂理论思维，因此在思考大陆地区刑法有关未遂犯的处罚根据时，既无法完全依照目前德国的

〔52〕 关于大陆地区刑法有关中止犯所规定的“损害”，乃多数大陆法系国家所无，尤其是目前多数学说所引用的德国、日本刑法，因此何谓“损害”亦造成大陆地区学说上众说纷纭的局面，本文以为中止犯掺入“损害”部分，可能引发与罪刑法定主义、责任主义（罪责原则）、因果关系原理相违背之虞，从现代刑法思潮的观点，此规定实在多此一举。就此部分，本文不多赘述。

〔53〕 日本学者亦称“中国刑法对于所有犯罪的预备阶段皆肯定犯罪的成立等——而极为重视主观面”。小口彦太，见前注〔45〕，第396页。

刑法思维,亦不能完全依照日本的刑法思维。若以不能犯的解读为例,依本文立场在处理大陆地区刑法有关不能犯问题时,仅能从以主观主义刑法思想为基础的主观未遂理论出发,在此前提下,妥适参入“着手实行”的要素,加以解决;〔54〕亦正如有学者所称“法理在很大程度上受制于法条。德日两国对不能犯的处罚与不罚的不同规定,塑造了德日两国不能犯理论的不同品格”。〔55〕

## 六、结 语

由于大陆地区刑法不仅未遂犯相关规定内容与德国、日本、中国台湾地区“刑法”有相当的差异,即便刑法典整体亦存在相当不同的内容,加上以往通说的四要件理论对于未遂犯处罚根据亦未有较为详细的分析说明,〔56〕因此在探索大陆地区刑法有关未遂犯处罚根据时,必须从比较法(德国、日本、中国台湾地区“刑法”)的观点加以比较分析与思考,已如前述。

虽然多数学者皆认为大陆地区刑法有关未遂犯处罚根据应该采取客观未遂理论,〔57〕但是经过本文的比较分析后,所得的归结乃大陆地区刑法有关未遂犯的处罚根据系倾向于以主观未遂理论为基础而辅以客观未遂理论的折衷立场。此折衷立场表面上与多数德国学说所认为德国刑法系采以主观为主而客观为辅的主观客观混合未遂理论相同,但是实质上却在以客观未遂理论为辅助的客观未遂内容上存在差异。详言之,德国所称的“主观客观混合未遂理论”系以“法敌对意思的显现”为依据的主观未遂理论为主,而辅以“因该显现而动摇一般社会大众对法的信赖与安定性而有损法的和平”(法动摇之印象)为依据的客观未遂理论,然大陆地区刑法的“主观客观混合未遂理论”虽然亦系以“法敌对意思的显现”(反社会恶性的显现)为依据的主观未遂理论为主,惟所辅助者却是从“着手实行”规定所形成的“法益侵害或结果发生的‘客观危险’”为依据的客观未遂理论。易言之,德国的主观客观混合未遂理论所作为辅助的客观面乃“法秩序的危殆化”,而大陆地区的混合理论所作为辅助的则为“法益侵害的危险性”

〔54〕 虽有学者从大陆地区《刑法》第23条规定“着手实行犯罪”的实行行为系带有导致构成要件结果发生的危险性的行为,并且没有不能未遂的特别规定的观点,而认为“在我国,没有足够的依据让我们必须采取主观的未遂论”。参见张梓弦,见前注〔50〕,第118—119页。惟,如此理解若从日本刑法规定与完全支配的学说(客观未遂论)立场,并无疑问,然从大陆地区刑法有关预备与未遂整体规定以观,以及将“着手实行”解读为“行为人反社会危险性的显现”(法敌对意思的显现)时,亦未必不能称系倾向于主观未遂论。

〔55〕 陈兴良:“不能犯与未遂犯——一个比较法的分析”,《清华法学》2011年第4期,第24页。

〔56〕 如陈兴良教授所言,“主客观相统一这样一种抽象而空泛的用语并没有正确地揭示未遂犯的可罚性根据”。参见陈兴良:《教义刑法学》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第625页。或如江溯教授所称,“主客观统一说回避了对于未遂犯处罚根据的正面回答”。参见江溯:“二元违法论与未遂犯的处罚根据”,《国家检察官学院学报》2014年第2期,第96页。

〔57〕 参见陈兴良,见前注〔56〕,第625页;张明楷,见前注〔45〕,第339页;梁根林,见前注〔50〕,第116—118页;周光权:《刑法总论学》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第270—272页等。惟,亦有采所谓“客观主义基础上的主观未遂论”者,参见陈家林,见前注〔42〕,第135—139页。

或“结果发生的危险性”。

总而言之,大陆地区刑法有关未遂犯处罚根据既然倾向于上述所称的“主观客观混合未遂理论”,则有关未遂犯的相关重要问题亦应在此思想脉络下加以思考解决,例如“着手实行”(预备与未遂的界线)应该采主客观混合的“计划说”、不能犯的可罚性与普通未遂的区别应该采“抽象危险说”以及中止犯的性质(减免刑罚的根据)则应该采“刑事政策理论”或“奖赏理论”。(关于此等问题,笔者将另文处理)

---

**Abstract:** The Chinese mainland criminal law is not only quite different from the criminal laws of Germany, Japan, and Taiwan of China in terms of its legislative provisions regarding attempted crime, but also has quite different opinions on the content of attempted crime in its theoretical system. Besides, “The Four Essentials Theory” of Chinese mainland criminal law in the past has no detailed analysis and explanation on the basis of punishment for attempted crime. Therefore, when we explore the basis of punishment for attempted crime in the Chinese mainland criminal law, comparative analysis and thinking must be made from the perspective of comparative law such as the criminal laws of Germany, Japan and Taiwan of China. At present, a large number of materials related to attempted crime from Germany and Japan are used in the Chinese mainland to discuss, especially on the issue of impossible crime. In the end, most scholars of the Chinese mainland rely on Japanese doctrine (adopting objective attempt theory), while a few scholars rely on German doctrine (adopting subjective and objective mixed attempt theory). However, they all ignore the fundamental differences between the Japanese doctrine and the German doctrine in their thinking as well as the compatibility with the criminal law provisions of the Chinese mainland, which is one of the factors that form the disorder of the opinions on the basis of punishment for attempted crime in the Chinese mainland criminal law. Although the Chinese mainland criminal law tends to subjective and objective mixed attempt theory on the surface, it is different from that in Germany, which is “the danger of law order”, while it is “the danger of the infringement of legal interests” in the Chinese mainland.

**Key Words:** Subjective Attempt Theory; Objective Attempt Theory; Subjective and Objective Mixed Attempt Theory; Impossible Crime; Discontinued Criminal

---

(责任编辑:车 浩)