

未遂处罚根据的功能性危险论证

吕翰岳*

摘要 在未遂理论中存在正当性与有效性的二律背反,在这一视角下未遂处罚根据成为问题。在不法论证和目的论证的范式下,传统论证虽然揭示了未遂处罚根据与因果关系的联系,却未能有效实现正当性与有效性的贯通。较新的理论回归不法论证,其中法关系论证和行为反价值论证无法通过功能性检验,而新危险性理论与规范效力论证则存在融合契机。危险思维与法治原则相契合并能标示禁止,在危险概念下应区分危险性与危殆化。未遂犯是适格的构成要件危殆犯,应从普遍有效性意义上理解这里的危险。功能性的危险性是指,理性裁判者将自己代入行为人的感官知觉中作出事实理解,并根据科学法则认为其行为可能实现构成要件。功能的危殆化则是指,在行为的作用范围内已经产生对他人的交互性影响。

关键词 功能主义 危险性 危殆化 举止规范 制裁规范

一、正当与有效之间

国家既不能为了预防目的而惩罚思想,也不能轻易对实施行为却由于偶然原因未造成损害的人放弃刑罚,这种正当性与有效性的二律背反正是未遂理论的根本问题所在。刑法理论对未遂处罚根据的探讨,是这种二律背反的集中体现。未遂犯罪的处罚根据并不是纯粹的理论空谈,而是诚如我国学者所说,“有关未遂犯处罚根据的争论,直接影响对未遂犯的具体问题的看法。”〔1〕这种影响深入未遂理论的每个细节,进而从根本上决定个案的实践性后果。

未遂处罚根据首先影响的是不能犯的可罚性,对此可以通过以下案例说明:

[案例一:两性人案]1990年5月12日,张某伙同竹某以旅游为名,邀约“女青年”王某外

* 清华大学法学博士。

〔1〕 张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第338页。

出。到达某省某县后将王某卖与谭某。谭某发现王某有生理缺陷遂送回,经诊断王某系“以男性为主之两性人”。〔2〕本案中,由于被害人并非真正的妇女,能否作为拐卖妇女罪未遂处罚成为问题。法官认为:“对这种对象不能犯未遂,因行为人的行为已具备刑法规定的拐卖妇女罪的全部构成要件,只是因为行为人的疏忽或者是相关知识的欠缺,致使意图实施的行为与实际实施的行为形似而质异,才未能发生行为所希望的犯罪后果,仍具有社会危害性,不影响拐卖妇女罪的成立,只对犯罪形态产生影响,应以拐卖妇女(未遂)罪追究行为人的刑事责任。”〔3〕这种明明承认“形似而质异”却仍基于犯罪意图肯定可罚性的观点源于主观理论。相反,客观理论的多数派别出于无危险或“构成要件欠缺”等理由,倾向于在对象不能时否定行为的可罚性。

未遂处罚根据对着手实行的判断也具有重要意义,下列案例可说明这一点:

[案例二:假冒卷烟案]2001年1月初,朱某购进大量假冒某品牌卷烟,藏匿于其住处及邻居家中伺机销售。同年1月4日,烟草专卖稽查人员在藏匿地查获假冒某品牌卷烟1328条,货值金额39.84万元。〔4〕本案中,已经实施买入行为尚未实施卖出行为,是否构成销售假冒注册商标的商品罪未遂引起争议。法官认为:“从行为人购进货值金额巨大的假冒注册商标的商品的目的来看,如无证据证明行为人有其他意图,其目的显然只能是为了销售。以销售为目的购买假冒注册商标商品……是具有社会危害性的行为,这种危害程度达到情节严重的程度,就构成犯罪。”〔5〕该观点在相关犯罪并非目的犯的场合仍然将着手时点与目的联系起来,因此同样出自主观理论。如果采取客观理论,则要么从形式上否定购买等于销售,要么在实质上否定单纯的购买具有成功卖出的危险,而不认为朱某已经着手实行犯罪。

对于前述案例,我们可以在正当与有效之间看到未遂处罚根据的意义。一方面,对于未遂的处罚不是理所当然的。从规范层面来看,刑法分则的构成要件或明示或暗示地描述的是犯罪的既遂形态,从事实层面来看,犯罪未遂可能未造成任何刑法意义上的损害。如在案例一中并无妇女被拐卖,在案例二中也没有假冒注册商标的商品被销售,这意味着刑法意义上的损害并未出现,若要科刑便更需要处罚正当性。但另一方面,仅因缺乏损害就放弃刑罚是不可接受的。就一般预防而言,模仿效应(Copycat Effect)已被大量证实,〔6〕并且根据破窗理论(Bro-

〔2〕 郭彦东、牛克乾:“张世林拐卖妇女案:拐卖两性人能否构成拐卖妇女罪”,载最高人民法院刑事审判第一庭编:《刑事审判参考》(2000年第6辑),法律出版社2000年版,第10—11页。

〔3〕 同上注,第13页。

〔4〕 清国:“朱某销售假冒注册商标的商品案:假冒注册商标的商品尚未销售就被查获的能否以销售假冒注册商标的商品罪追究刑事责任”,最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(2001年第10辑),法律出版社2001年版,第7—8页。

〔5〕 同上注,第9页。

〔6〕 Loren Coleman, *The Copycat Effect: How the Media and Popular Culture Trigger the Mayhem in Tomorrow's Headlines*, Simon and Schuster, 2004, pp. 263—275.

ken Windows Theory), 信任的丧失将引起社会失序。^{〔7〕}就特殊预防而言, 过于宽缓的刑罚既不能重塑行为人的规范意识, 又不能防止其二次尝试。在上述案例中, 无论是张某和竹某拐卖人口的行为, 还是朱某购买大量假冒注册商标的香烟的行为, 都有可能被模仿, 三人也都有可能再次犯案, 因此不宜轻易放弃刑罚。

客观理论基于危险对未遂刑罚加以正当化。在大多数情况下, 危险概念与功能性思考是相一致的, 如甲举枪向乙射击, 子弹擦过乙的身体却未击中时, 无论是甲瞄准的动作还是子弹的擦身而过, 都表明了行为的危险也表明了预防的必要性。然而现有的危险概念却完全有可能与预防目的发生冲突。如[案例三: 哑弹案]甲上膛的是一枚哑弹, 或[案例四: 短枪案]甲使用改造过的枪支, 因枪管锯得过短已无法正常发射, 这时认为他的射击行为具有“客观的危险”就存在疑问了。但即便在这种情况下, 他的行为所具有的预防必要性却并未减少。因此, 关于未遂处罚根据的讨论远远没有终结。为了实现正当性与有效性的贯通, 下文笔者将用新的范式重述过往的未遂处罚根据理论, 并考察其最新发展, 然后说明危险概念对未遂理论的意义, 最后通过功能的危险概念重新诠释未遂犯罪的处罚根据。

二、传统论证的失败

这里所说的传统论证并非我国传统刑法理论。我国传统理论试图用“主客观相统一的犯罪构成”论证一切犯罪行为的可罚性, 这种纯粹形式的论证当然立于不败之地, 然而一旦引入正当性和有效性这一对实质范畴, 纯粹形式的论证就显得毫无意义。这里所说的传统论证是指近现代刑法理论在未遂犯罪处罚根据的问题上, 所采取的通常观点。如果从本文所立足的功能主义的眼光来看, 这些观点各有其问题, 而需要进一步发展。

(一) 范式转换

未遂犯罪的处罚根据不是什么新鲜的话题, 也正因为此, 相关讨论早已陷入了主观理论和客观理论二分, 或至多是主观理论、客观理论与折中理论三分的窠臼。虽然在英美法学者那里, 我们也能看到主观主义和客观主义, 以及功利主义和报应主义的分别论述, 但他们仍然在很大程度上将功利主义与主观理论相联系, 将报应主义与客观理论相联系。^{〔8〕}事实上, 在主观主义与预防理论以及客观主义和报应理论之间画上等号, 不过是一种惯常的误解和刻板印象, 它们之间并不存在严格的对应关系。^{〔9〕}对此, 我们可以分别从客观理论与预防目的的连结和主观理论与预防目的的脱钩两方面来说明。

〔7〕 George L. Kelling and Catherine M. Coles, *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, Simon and Schuster, 1997, pp. 14-16.

〔8〕 See e.g. Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, Carolina Academic Press, 2018, pp. 360-362.

〔9〕 对此我国学者已有反思, 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67-71页。

其一,客观理论完全可能考虑预防目的。客观理论是从未遂行为的客观危险性上论证其具有可罚性的理论。如上所述,在多数情况下危险概念与犯罪预防并不冲突,一个行为具有危险性,也就意味着该行为对法益造成了威胁,禁止具有危险性的行为,也就消除了法益所面临的威胁,从而实现预防犯罪的刑罚目的和保护法益的刑法任务。在此意义上周光权教授提出,根据修正的客观未遂论判断未遂犯中的危险时,应“评估行为再次重演的危险性”,从而“回应积极的一般预防的要求”。^[10]事实上,各种形式的客观理论都在各自的意义上考虑了预防目的,只是出发点各有不同,有的以事后查明的全部客观事实进行一般性判断,有的以事前客观观察者能够认知的事实进行个别的判断,所判断的无非都是“行为再次重演”时结果是否会发生。就现有的危险概念而言,的确存在有预防需要而无客观危险的情况。尽管如此,我们仍然不能认为客观理论不考虑预防目的。

其二,主观理论完全可能背离预防目的。主观理论是从行为人的主观意图和个人危险性论证其具有可罚性的理论。然而,主观理论也完全可能建立在义务论而非功利主义的基础上,从而与犯罪预防完全脱钩。康德提出了义务论的经典论断:“行为全部伦理价值的本质,在于道德律直接决定意志。”^[11]根据这一观点,在义务论语境下未遂行为的可谴责性当然也完全由其“驱动力”(Triebfeder)或动机决定。既然如此,动机值得谴责但无预防必要性,或动机不值得谴责但有预防必要性两种情况都是可以想象的。前者如迷信犯,希望通过迷信活动杀害他人的人,他恶的动机不足以成为推断他可能进一步采取真正有效的手段的根据。后者如确信犯,希望通过自己的反抗推动社会进步的人,无论动机多么高尚都是对现行秩序的挑战,如果不加处理就将引起效仿并危害制度的存续。

既然如此,我们便不应从客观和主观的形式标准对理论进行分类,而应关注各种论证方式背后的深层涵义。施特拉腾韦特(Günter Stratenwerth)和库伦(Lothar Kuhlen)指出,现在德国主流的未遂处罚根据理论,“不再像传统的未遂学说一样,涉及的是一种详尽阐述并能从中推导出精确结论的不法学说,而仅仅是突然诉诸刑罚目的学说的标签,亦即积极一般预防的观点。”^[12]这便将传统未遂处罚根据理论和当前主流观点分别归属于不法理论和刑罚目的理论。这样一种划分具有合理性,然而从前面对客观理论和主观理论的粗略分析来看,传统的未遂处罚根据理论同时包含着重视不法即正当性的侧面,和重视预防目的即有效性的侧面。因此在正当与有效的视野中,客观理论和主观理论都应根据论证路径被拆分并重新安置于不法论证和目的论证项下。经过这样一种范式转换,我们才能真正把握不同学说的实质论点,而不至于陷入“主观与客观的迷思”。^[13]

[10] 周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第273页。

[11] Kant, Kritik der praktischen Vernunft (1788), in: AA V, 1913, S. 71.

[12] Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat, 6. Aufl., 2011, § 11 Rdn. 21.

[13] 此为台湾地区学者许玉秀语,参见许玉秀:《主观与客观之间:主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第5页。

(二)不法论证

之所以施特拉腾韦特和库伦将传统的未遂处罚根据理论称作不法学说,是因为近代以来的客观和主观理论之争的根本分歧,是对不法有着不同理解。用通行的话语来解释,客观理论认为不法的根据在于客观要素,特别是结果体现出的法益侵害及其危险,而主观理论认为不法建立在主观要素之上,特别是故意所展现的规范违反。这种说法当然是极不确切的,同时也忽略了形式上的客观理论和主观理论实质上也可能通过刑罚目的学说加以论证。根据前面提出的范式转换,以下将首先从不法论证的角度透视各种客观理论和主观理论的变体。

客观的未遂理论往往被追溯到费尔巴哈(Paul Johann Anselm von Feuerbach)。他要求可罚的未遂必须是危险的,“因为若不存在一个违反外在法(权利)的行为,市民的可罚性便是不可能的,所以只有当某行为侵害法(权利)或造成危险时,该行为才是违法的。单纯的违法意图并不赋予任何行为违法性特征。”^[14]对此应结合他的基本刑法思想来理解。费尔巴哈在其刑法教科书第一版中便明确提出:“犯罪概念只有在国家中才成为可能,在此市民通过一个受制于刑罚法律的法(权利)侵害,破坏了他与国家间订立的契约。由此,在广义上(在重罪与轻罪具有相同意义的场合),犯罪指的就是被刑罚法律所威慑,而违反(否认)完整的法(权利)的行为。”^[15]这种被后世学者称作“权利侵害说”的犯罪概念,具有明显的启蒙思想特征和契约论色彩。对于权利的侵害而言,违法行为和损害结果之间的因果关系并非必要条件,“正如在砸破他人窗户的未遂行为中,已经存在对他人所有权的‘侵害’,对所有权的载体造成威胁的行为,便已经损害了从所有权中可以推导出的不作为请求权。”^[16]在此语境下,费尔巴哈承认因果关系的中断和因果贡献的差异,因此才能够在“行为与所意图犯罪的因果关联中”发现危险性。

在近一个世纪后,李斯特(Frank von Liszt)对费尔巴哈的危险概念作出了新的发展。他认为,在进行危险判断时不能从任意的一般化原则中理解行为,而必须考虑到所有与之相伴的特殊情状。据此他提出了所谓“具体危险性”(Konkrete Gefährlichkeit)的判断法则:“判断必须作为事后预测(Nachträgliche Prognose),考虑在裁判者必须设想自己回到的实行行为时点,一般可认知的或仅仅行为人知道的情状(事前判断);而不允许将通过进一步调查发现的情状纳入考虑范围(事后判断)。”^[17]这样一种判断的实践性价值在于,既保留了部分无危险因而不可罚的未遂,又在那些重要的案件中和当时的帝国法院保持了结论上的一致。李斯特的学生希佩尔(Robert von Hippel)称,与上述新客观理论相对的旧客观理论所使用的便是抽象危险概念,“其出发点是,在对案件进行事后观察时调查绝对或相对的不适当性,由此便从与犯

[14] Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 4. Aufl., 1808, S. 43 f., bes. Anm. b.

[15] Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, S. 21 f.

[16] Knut Amelung, Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit, in: Jung/Müller — Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 270.

[17] Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 200.

行时间相关的具体状态,以及当时不适当性能否被查明的问题中抽离(abstrahiert)。”^[18]换言之,事后从总体上一一般性地说明危险与否涉及的便是抽象危险。尤其值得注意的是,希佩尔指出:“我们在此所做的仅仅是一般原则的具体运用,也就是将相当因果关系理论运用到未遂中。”不过令人遗憾的是李斯特本人未能提出这一命题,“在李斯特教科书的早期版本中他未能认识到这一点,因为当时相当因果关系理论还不存在。后来很可惜,由于他拒绝了该理论而停留在冯·布里的纯粹条件理论,而未能发现这一点。”^[19]

从主观角度论证未遂可罚性的观点由来已久,如贝卡里亚(Cesare Beccaria)便有此倾向,而引起广泛讨论并被德国帝国法院采纳的,是布里(Maximilian von Buri)的论述。他认为既遂罪客观构成要件中任一要素的缺失都将造成客观事实整体失去意义,因为既不存在整个权利侵害,也不存在半个或一部分权利侵害。“由此可知,在未遂中仅有在外在形态上与刑罚法律相悖的犯罪性意志是可罚契机,未遂的客观方面则仅在赋予该意志以外在形态的范围内值得考虑。”^[20]在这种观点的影响下,德国帝国法院自始认为,“没有疑问的是,与在既遂中显现的、产生于犯罪性意志的违法结果相反,在未遂中犯罪性意志本身便是刑事法律所针对的现象。”^[21]这样一种观点自然也要结合因果关系理论来理解。作为等值理论的代表,布里认为,“在对现象的产生具有作用的力量中,每个个别力量本身就已经能够单独被认为是现象的原因,因为该现象的存在如此依赖于每个个别力量,以至于,即使当人们从因果关联中仅仅排除某一个个别力量时,该现象本身也将不复存在。”^[22]在这种因果关系理论的支配下,有判例甚至提出:“当行为在具体案件中未侵害法益时,那么这也就无可辩驳地证明了,该行为在具体案件中不可能侵害法益,也就是说它不具有侵害法益的能力,那么该行为就未在客观上对法益造成危险。”^[23]这便将危险概念彻底逐出了刑法学领域。

上述三种理论,从不同角度对未遂的不法以及建立在不法论证基础上的可罚性进行了说明。事后观察的危险、事前观察的危险性,以及不承认危险概念的犯罪性意志外在化,三者囊括了未遂不法论证的几乎全部形式,后世的理论发展很大程度上不过是这三者的变体。

(三)目的论证

在施特拉腾韦特和库伦的论述中,“印象理论”(Eindruckstheorie)被视作唯一的刑罚目的学说,然而通过范式转换我们已经认识到,客观理论和主观理论除了上述不法论证的面向外,

[18] Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren, 1930, S. 418.

[19] Hippel, a.a.O., S. 430.

[20] Maximilian von Buri, Zur Lehre von dem Angriff auf die Ehre mit näherer Berücksichtigung der Lehre von dem Versuche, der Concurrenz und dem fortgesetzten Verbrechen, in: ders., Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1862, S. 54.

[21] RGSt 1, 439(441).

[22] Maximilian von Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 1.

[23] RGSt 8, 202(203).

也都包含着目的论证的面向。接下来,我们将透过刑罚目的的眼光,再次审视各种客观理论与主观理论,并分析目前在德国仍稳居通说地位的印象理论。

当我们从刑罚目的的视角看待客观理论时,会发现它与一般预防之间存在联系,即通过处罚对法益造成危险的行为,对一般人形成禁止致险的威吓效应。这种被后世称作消极一般预防的心理强制理论,也早就出现在费尔巴哈的教科书第一版,他提出:“对权利的积极侵害既不能通过事后的也不能通过事前的物理强制来避免。不能通过事后的物理强制,是因为损害填补是不可能的;不能通过事前的物理强制,是因为直到实际发生前国家都未获悉权利侵害。因此,当这种权利侵害在国家中应被避免时,就无非是通过运用先于损害既遂的心理强制,可能地决定被迫不造成权利侵害的所有人的意志。”〔24〕由于在权利侵害说的意义上,对法(权利)造成危险本身就是违法的,甚至本身就是权利侵害的一种形式,那么通过刑罚事前的心理强制效果防止造成危险的行为本身,也就是理所当然的了。虽然后来出现了报应理论和预防理论的学派之争,一度将客观理论彻底与刑罚目的隔绝,但李斯特深刻地洞察到报应与一般预防的内在联系:“报应不再是自我目的,而是维持法秩序的手段。”〔25〕这是因为刑罚威慑和刑事执行抵制了犯罪引起的法秩序和法意识的动摇,确证了法秩序,强化了人民的法意识。这已经具有积极一般预防的色彩,并且使得在危险与法秩序和法意识的动摇间建立联系成为可能。同样令人遗憾的是,李斯特未能发现他的理论与一般预防间的联系,始终都坚持他在“马尔堡计划”(Marburger Programm)中所提出的对状态犯改善、对偶犯威吓、对惯犯无害化的特殊预防三分法。〔26〕

与客观理论不同,主观理论在刑罚目的上仅仅考虑特殊预防,亦即行为人通过犯罪意图表现出了人格的危险性,需要通过刑罚施以惩戒或加以矫正。如上所述,近代特殊预防理论的主要代表李斯特本人在未遂处罚根据问题上秉持的是客观理论的一种变体,因此在很长的时间里主观理论并未与特殊预防目的产生联系。主观理论的代表人物布里还曾措辞严厉地抨击李斯特的目的思考,在他看来,“由冯·李斯特建立的刑罚体系简直只能被国家共同体的紧急状态加以正当化。”〔27〕由于李斯特的刑法理论和刑罚思想存在诸多矛盾,他的学生、捷克裔学者特萨尔(Ottokar Tesa)在1907年通过的教授资格论文中系统地提出了“症状犯罪观”(Symptomatische Verbrechensauffassung)。他认为:“犯行是作为精神缺陷的症状显现出来。当人们从指示危险性的盖然性判断基础的立场看待这种缺陷,并将通过强制动机排除这种危险性视作刑罚目的时,通过人们考虑到刑罚恶害直接的动机力量(威吓),或通过刑罚间接设定的其他动机效果(改善)的方式,那么‘必要的’刑罚的大小就显得由危险性要素与整体性格的关联

〔24〕 Feuerbach (Fn. 15), S. 14 f.

〔25〕 Liszt (Fn. 17), S. 24.

〔26〕 Vgl. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1: 1875 bis 1891, 1905, S. 166. = ZStW 3 (1883), S. 1; dens. (Fn. 17), S. 15 ff.

〔27〕 Vgl. Buri, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ders., Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche, 1894, S. 258. = ZStW 4 (1884), S. 169.

所决定,因为这些危险性要素正是应被刑罚排除的。”^[28]在这种观点之下,主观未遂理论与特殊预防的刑罚目的终于能够被贯通,虽然这一点本身并未获得两种理论各自的代表人物,亦即布里和李斯特本人的支持。

更加彻底地基于刑罚目的论证建立起的印象理论,并非如施特拉腾韦特和库伦所说是突然出现的。如今人们发现,在客观理论和主观理论相互攻讦的早期,印象理论的原始形态就已经出现在文献中。宾格尔(Paul Büniger)化用李斯特的观点提出,可以从心理学事实中发现未遂的处罚根据,“即通过威胁法益的未遂行为危险性在社会中的表象,唤起该行为可罚性的表象,或——如冯·李斯特所称的——记恨,也就是说社会针对——鉴于其客观结果仅仅是表面上的,也就是说仅仅在表象中呈现——对法秩序的破坏的本能反应。”^[29]这里所说的危险性偏离了李斯特所主张的客观意义,而停留在公众的印象中。巴尔(Carl Ludwig von Bar)的表述更为直接:“在未遂的场合,出现在外在世界的犯行恰恰是因为它对更大的圈子造成的印象而具有一定的独立意义,即该犯行不是仅仅作为反抗法秩序的意志的显现而被纳入考虑。”^[30]印象理论的现代代表埃泽尔(Albin Eser)则声称:“具有优势的是——尤其在迄今尚无更好选择的情况下——一个折中的观念,它虽然从主观未遂理论出发,但却补充性地将未遂犯行的可罚性建立在其社会心理作用,即犯行对公众造成的‘印象’上:所谓印象理论。据此,因为未遂通过由此显现的法敌对意志足以动摇公众对法秩序效力的信赖,故在此范围内未遂的处罚根据存在。”^[31]这里所谓“公众对法秩序效力的信赖”,也就是积极一般预防理论下的刑罚目的所在。根据贝克曼(Heinrich Beckmann)的经典表述,所谓积极一般预防,就是“维持并强化民众对法秩序存续力和贯彻力的信赖,以强化民众的法忠诚”。^[32]印象理论在表述上极尽贴合积极一般预防理论,但正如埃泽尔所说,它仍旧是主观理论的变体,而不具有独立的非法论证侧面。

通过上述考察,可以发现以上的三种论证分别涉及消极一般预防、消极和积极的特殊预防,以及积极一般预防,这覆盖了刑罚目的相对理论的整个光谱。然而现有的论证令人遗憾的是,虽然客观理论和一般预防以及主观理论与特殊预防之间虽然存在着某种联系,但这种联系却未能在学说中得到很好的澄清。至于印象理论,它很大程度上是蜷缩在积极一般预防的措

[28] Vgl. Ottokar Tesa, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens; Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht, 1907, S. 271 f.

[29] Paul Büniger, Über Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung, ZStW 6 (1886), S. 291, 361.

[30] Carl Ludwig von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht; Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Bd. 2; Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907, S. 590.

[31] Schönke/Schröder—Eser/Bosch, 30. Aufl., 2019, vor § 22 Rdn. 22.

[32] Heinrich Beckmann, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe noch ein verfassungsrechtliches Problem? zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21.6.1977 - 1 BvL 14/76 -, GA 1979, S. 441, 453 f.

辞后的主观理论。

(四)小结

通过范式转换,上文从不法论证和目的论证的角度重新审视了传统的未遂处罚根据理论,特别是将一直以来仅仅从形式上划分的客观理论和主观理论重新规整到不法论证和目的论证项下。在此过程中,我们对未遂处罚根据理论获得了新的洞察,其中既有传统论证蕴藏的理论资产,又有它受制于形式特征而产生的理论负债。以下我们就从资产和负债两方面,对传统论证进行清算。

传统未遂处罚根据论证的理论资产主要有两点:第一,传统的不法论证揭示了未遂处罚根据和因果关系理论之间的联系。旧客观理论承认因果关系的中断,新客观理论与相当因果关系理论相伴而生,而主观理论以等值理论为基础,这些例证证实了希佩尔的论断,即未遂理论是因果关系理论在未遂领域的特殊运用。在不同形式的结果归责学说逐渐取代因果关系理论的今天,这一重要理论资产提示我们,一种新的未遂理论的提出也预示着一种新的结果归属理论的出现。第二,传统的不法论证和目的论证之间存在着种种联系。旧客观理论与消极一般预防之间存在关联,新客观理论则已经或多或少地牵涉到积极一般预防思想,传统上主观理论偏重消极和积极的特殊预防,而以印象理论面貌出现的主观理论则极力迎合积极一般预防理论,这些例证也都表明,在不法论证与目的论证之间架起桥梁从而实现正当性与有效性的贯通并非不可能。

传统未遂处罚根据论证的理论负债则在于:迄今为止不法论证和目的论证之间的关系都未能够在理论上被明确提出,而更为致命的是,即使将现有的论证之间若有似无的联系予以明确化,也不足以发展出一个完善的功能未遂理论。对此可以分两点予以说明:第一,客观理论仅仅考虑了一般预防,而且哪怕在一般预防的范围内,目前的危险概念也并非实现刑罚目的的有效工具。例如在前述案例三中,由于哑弹不具有杀伤力,故通过事后观察将认为射击行为没有危险。而在案例四中,如果根据一般经验枪管过短已经影响正常发射,就算通过事前观察也将认为行为不具有危险性。然而无论是装入哑弹还是不当改造都具有相当大的偶然性,从事后或一般人视角否定危险进而排除可罚性,显得过于草率。第二,主观理论虽然能够兼顾特殊预防和一般预防,但无法掩盖其不法论证上的矛盾和不足。主观理论也要求行为人根据其想象实施构成要件行为,但既然未遂不法的根据在于犯罪性意志的表露,为何不处罚单纯的犯意表达并同等程度地处罚预备就成为问题。这一形式上的矛盾背后更为实质的问题是:世俗国家的任务并非干涉人的内心世界,因此只要犯罪性意志的表露对他人没有产生交互性影响,就仅仅是道德或宗教意义上的“罪孽”,而非法律意义上的犯罪。^[33]

[33] 对封建刑法干涉性的批判可见平野博士对贝卡里亚观点的总结,参见(日)平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第5页;也可见张明楷,见前注[1],第4页。这里所说的对内心世界的干涉与此略有区别,因为干涉性是指刑法对私人生活的无限侵入,但基于举重以明轻的推论,刑法不应侵入私人生活,更不应侵入人的内心世界。

综上所述,虽然在传统未遂处罚根据论证中蕴藏着值得引起我们注意的理论资产,但不同的论证进路在正当性与有效性的贯通上都存在着致命缺陷。由于二律背反的调和或超越对于未遂理论具有终极性意义,少量的理论资产根本不足以抵偿这一重大负债,因此传统论证最终归于失败。

三、理论发展的缺憾

前文对传统未遂处罚根据论证的分析,已经是建立在不法论证和目的论证的新范式上,但时至今日在文献中占据支配性地位的,仍然是二分或三分理论的旧范式。在这种旧范式的眼光中,数十年来不同学者所尝试的对未遂处罚根据的新发展,只能被视作是客观理论、主观理论或折中理论的变体,从而导致形式上的分类掩盖了新理论的实质内涵。因此,下文将抛弃形式分类,从实质的眼光看待各种较新的理论进展。

(一) 回归不法

建立在积极一般预防理论基础上的印象理论在德国取得了巨大的成功,但也遭受了严厉的批判。例如魏根特(Thomas Weigend)就曾明确表示:“印象理论不是一个单独的理论,它恰恰是根据《德国刑法典》第 22 条、第 23 条来打造的、为它定制的理论,所以,它当然能够很好地契合现行的刑法框架。但是,我不认为它是一个好的理论,因为一个好的理论并不是只能够解释少数几条法律,而是必须能够在整体上具有很强的解释力。”^[34]之所以认为印象理论缺乏整体上的解释力,是因为正如前文已经指出的那样,该理论欠缺一个独立的不法论证,从而切断了未遂理论与一般不法学说之间的联系。

察齐克(Rainer Zaczyk)对未遂中个别问题与一般不法学说的脱钩提出了批判。他主张:“只有当未遂是不法,即它本身就已经展现出同样表明既遂不法的要素时,犯行的未遂才能证立刑罚。当这两种类型的不法之间可能存在差异(并且确实存在差异)时,也不允许从质上改变‘不法’以获得这种差异。”^[35]这一表态具有重要意义。据此,未遂的不法与既遂的不法只在“量”上有所不同,而在“质”上必须保持一致。如果这一前提成立的话,将导致两项结论:第一,所谓未遂处罚根据理论,在其本质上是对未遂不法的证立;第二,证立未遂的不法不是循着一条全新的路径,而是在一般不法学说的基础上说明未遂不法与既遂不法具有同质性,差异仅仅是量的不同。这样一种观点当然是具有启发性的,因为它揭示了目的论证赖以存在的基础是不法论证,缺少目的论证面向的不法论证虽然具有功能性上的缺陷,却仍然具有基础的正当性,但缺少不法论证面向的目的论证则连基础的正当性也不具备,正所谓皮之不存,毛将焉附。

与上述将未遂处罚根据化约为未遂不法证立的观点不同,我国台湾地区学者黄荣坚教授

[34] (德)托马斯·魏根特:“未遂犯理论的发展:以行为无价值与结果无价值为背景”,载梁根林等主编:《当代刑法思潮论坛(第一卷):刑法体系与犯罪构造》,北京大学出版社 2016 年版,第 443 页。

[35] Rainer Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 17.

针锋相对地提出：“整个刑罚，不管是对于既遂犯的处罚或是对于未遂犯的处罚，刑罚就是刑罚，其刑罚的理由是一致的，都是为了预防不法行为。因此在既遂犯之外独立探索未遂犯的刑罚理由，并无意义。”^{〔36〕}换言之，未遂处罚根据也就是一般意义上的刑罚目的。这种观点当然可以商榷，因为黄荣坚教授显然混淆了根据和原因，更确切地说，是刑罚的存在根据(Ratio Essendi)和目的因(Causa Finalis)，^{〔37〕}这就是说，未遂不法是未遂处罚的存在根据，而刑罚目的则是未遂处罚的目的因，以目的因倒推存在根据无疑是一种本末倒置。但黄荣坚教授的观点仍然具有重要意义，他提醒我们，缺乏目的思考的不法证立最终将陷入了绝对理论的境地，自我目的的刑罚虽然避免了将人作为手段的问题，却仍然没有将人本身作为目的，因此是绝不可取的。由此，与功能性、目的性思考的兼容性，将成为检验新近各种不法论证能否立足的重要标准。

在当前的讨论中，关于不法的本质存在法益论和规范论两种主要进路，^{〔38〕}以这两种进路为分析框架，将能够延续范式转换后的实质考察，而不必拘泥于客观、主观、折中的形式划分。下文将秉持这一基本理念，尝试将较新的理论安置在这两种进路中。

(二)法益论证

在将法益侵害视作实质不法的前提下，主要存在两种论证进路：一种是通过哲学式的思考重新阐释法益概念和未遂不法，另一种则在很大程度上回归李斯特的危险性概念，并尝试进行一定程度的修正。此外，也存在二元的或联合的论证进路，部分地采纳法益论证的观点。

察齐克通过回顾古典哲学中的自由概念，为证立未遂不法提供了一条与以往截然不同的道路。他认为，“个体的自治(自由)不能在与外界隔绝的自在中被领会，而必须从与他人的原始关系，即一种法关系中被理解。由此可进一步推知，个体为由他在实践行为中塑造的社会空间负责。而社会空间被划分为由个体构成的具体自由的个别要素。这些要素——它们在国家中才成为法益——与人格具有不同的距离，分为人格自身的法益、市民社会的法益和国家的法益。”^{〔39〕}换言之，他通过个体之间的法关系解释自由，并根据这一意义上的自由定义法益。^{〔40〕}在此基础上，他将既遂不法中的法益侵害理解为对自由的压制，那么，“未遂之所以具有法上的

〔36〕 黄荣坚：《基础刑法学(下)》(第4版)，元照出版公司2012年版，第476页。

〔37〕 德文中 Grund(根据)和 Ursache(原因)的区分可追溯至古希腊语的 ρηή(本原)和 αιτία(原因)，而存在根据和动力因的说法也能在亚里士多德的论述中找到其渊源，参见(古希腊)亚里士多德：《形而上学》，苗力田译，载苗力田主编：《亚里士多德全集》(第7卷)，中国人民大学出版社1993年版，第110—113页。

〔38〕 所谓“实质犯罪概念”的问题，通常是以“刑法的任务”为名展开的。基础性的相关文献，参见(德)克劳斯·罗克信：“刑法的任务不是法益保护吗？”，樊文译，载陈兴良主编：《刑事法评论》(第19卷)，北京大学出版社2007年版，第160—179页；(德)G·雅各布斯：“刑法保护什么：法益还是规范适用？”，王世洲译，《比较法研究》2004年第1期，第99—110页。

〔39〕 Zaczek (Fn. 35), S. 193.

〔40〕 这颇有“人得自由而必以他人之自由为界”之意，参见(英)穆勒：《群己权界论》，严复译，商务印书馆1930年版，译凡例第1页。

意义,是因为在未遂的场合一个实证法状态的组成者,转而走上废除由他共同塑造的法关联之路。”〔41〕对此或许可以这样理解,通过法关系协调的自由本身即由个体的实践行为共同塑造,当个体通过其行为否定这种法关系时,就破坏了自由赖以存在的社会基础,从而构成对自由的侵害和对作为自由个别要素的法益的攻击。针对这种法关系的否定,察齐克特别强调:“行为人通过其犯行所侵害的并非一般性地在国家中建立的法状态,而是具体的对他人的承认关系。”〔42〕根据这种理解,对某些案件的处理将与旧客观理论保持一致,例如:“向死者射击不是未遂的杀害(此作为的道德面向这里不予探讨);一种信任侵害不能(再次)发生,也因此不能被实施。”〔43〕虽然德国现行法主要建立在主观理论的基础上,以至于察齐克也不得不承认,他的理论对于实证法的解释而言只在少量存有解释余地的场合才能发挥作用,〔44〕但他的构想还是在学界引起了一定的回响,获得了克勒(Michael Köhler)、拉特(Jürgen Rath)等一些学者的支持。〔45〕

新的危险性理论由希尔施(Hans Joachim Hirsch)提出,这一理论可以追溯到他对危险和危险性概念的区分。在这一区分的基础上,他提出了危险性现象对不能未遂所具有重大理论和实践意义,即主观理论因具有态度刑法的嫌疑而被批判,印象理论不过是主观理论的变种,与危险区分的危险性概念则有助于未遂理论向客观方向回归。详言之,“在不能未遂的场合行为的危险性现象也将变得重要。实践性效果在于,一方面,仅仅出于幻想的对构成要件实现的就位并不足够,另一方面,对一名客观观察者而言,客观构成要件的实现显得接近,这在客观上就足够了。”〔46〕此后,希尔施在未遂犯领域进一步展开了他的危险性概念。他在能犯未遂和不能未遂之外,区分了危险的不能未遂和无危险的不能未遂。其中,“能犯未遂的处罚可以根据由此说明,即行为人通过开始对客观构成要件符合行为的故意实现,已经违反了相关构成要件背后的规范。”〔47〕而危险性的确定,“决定于在决意行动开始的时点,处于行为者的地位并从他的犯行计划出发的有理解力的第三人所作的事前判断。”〔48〕从而,“危险不能未遂的情况在释义学观点中也就与能犯未遂无法区分。它们是从同一个处罚根据推导而来。”〔49〕尤其值得重视的是,虽然希尔施采取的是偏向法益论证的新危险性理论,却考虑行为人的犯行计划并将规范违反置于未遂处罚根据的中心,使危险性成为规范违反的标准。这样一来,他的新危险性论证实际上也和后述规范效力论证具有了相互连结的可能性。他的理论在他的学生马利茨

〔41〕 Zaczek (Fn. 35), S. 231.

〔42〕 Zaczek (Fn. 35), S. 255.

〔43〕 Zaczek (Fn. 35), S. 255.

〔44〕 Vgl. NK-Zaczek, 5. Aufl., 2017, § 22 Rdn. 12, 39, 48, 50.

〔45〕 Vgl. Michael Michael Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 451 ff.; Jürgen Rath, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1998, S. 1006 und 1106, JuS 1999, S. 32 und 140.

〔46〕 Hans Joachim Hirsch, Gefahr und Gefährlichkeit, FS-Arthur Kaufmann, 1993, S. 560.

〔47〕 Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, FS-Roxin I, 2001, S. 717.

〔48〕 Hirsch, a.a.O., S. 718.

〔49〕 Hirsch (Fn. 48), S. 720.

(Kirsten Malitz)和齐尚(Frank Zieschang)那里获得了继承和发展。^[50]

二元论证最早见于施米德霍伊泽(Eberhard Schmidhäuser)的教科书。他提出:“在意志举止中未遂的反价值既可以作为目标反价值(行为人为了实现一个不允许他实现的目标而行为)也可以作为危殆反价值(行为人以将法益客体引向侵害的危险的方式行为)被给定。”^[51] 这便形式化地将未遂处罚根据切割成了所谓目标反价值和危殆反价值两部分,其实践性后果是二级直接故意或未必故意的不能未遂不可罚。他的学生阿尔瓦特(Heiner Alwart)在这种二元论证的基础上展开了对应罚未遂的深入研究。^[52] 而罗克辛(Claus Roxin)也于上世纪末放弃了原本主张的印象理论,转而根据二元论证的方式提出了新的联合理论。^[53] 他现在认为:“未遂是在行为人表象的基础上判断的以真实手段导致的接近构成要件的危殆化,或在事前已经可认知的无危险性情况下,是根据立法者的判断或多或少地造成法动摇的规范违反。”^[54] 在更为晚近的论述中,罗克辛更将其中危险性论证的部分与他所主张的客观归责学说相连结,由此,“德国的刑法典中处罚没有危险的不能犯力图的规定(《德国刑法典》第23条第3款),实际上就是不合适了。因此,客观归属理论也是大大促进了刑法上不法理论的客观化。”^[55]

就结论而言,系出德国古典哲学的法关系论证与古典哲学时代的旧客观理论很接近,而新危险性理论则根本性地回到李斯特的观点上,至于二元论证则是在危险性论证和立法者判断的明确意图之间所作的某种妥协。

(三)规范论证

在以规范违反为实质不法的学者看来,法益论证不过是因果思维的产物,而未遂的处罚根据作为法上的判断,必须从规范的眼光来看待。然而规范并不是一个含义明确的词汇,在目的主义者和功能主义者——用雅各布斯(Günther Jakobs)自己的话说,“旧波恩学派”和“新波恩学派”那里,形成了迥异的两种论证路径。

[50] Vgl. Kirsten Malitz, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt; Zum Strafgrund des Versuchs, 1998, S. 132 ff.; Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 135 ff.

[51] Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, § 15 Nr. 12.

[52] Vgl. Heiner Alwart, Strafwürdiges Versuchen: Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts, 1982, S. 158 ff.

[53] Vgl. Roxin, Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, S. 1; dens., Über den Strafgrund des Versuchs, FS—Nishihara, 1998, S. 157.

[54] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 29 Rdn. 1.

[55] (德)克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第76页。我国学者指出,罗克辛是受到魏根特将未遂理论连接到客观归责学说的刺激提出了联合理论。参见张志钢:“德国未遂理论的流变及其启示”,《环球法律评论》2016年第3期,第171页。然而有趣的是,魏根特本人否认了这一点,他认为:“这一切跟他的客观归责理论并没有什么紧密的联系,因为众所周知,客观归责理论只是在结果出现的事后才进行归责,而在未遂中,没有所谓的结果。”魏根特,见前注[34],第435页。

韦尔策尔(Hans Welzel)是目的主义的创立者,他认为:“刑法的任务是保护基本是社会伦理态度(行为)价值,首先其中包括了保护个体法益。”^[56]虽然他也有一些将法规范与道德规范相区分的表述,但支撑规范的仍然是社会伦理上的积极价值。他借主观理论之口对未遂不法进行了规范论证:“在广泛意义上的法秩序被视作塑造人民生活的精神力。这种精神力的事实性和效力,在意志实施了他认为是适当的犯罪实行的行为时,就已经被意志所侵害。在此他的活动不再限于单纯的预备行为,而是直接就位于犯罪的实现。这样一个行为对于作为塑造性秩序力的法秩序而言已经不可容忍。”^[57]阿明·考夫曼(Armin Kaufmann)继承了韦尔策尔的理论并将之推向极致。他利用“结果反价值—行为反价值”的分析框架提出:“主观未遂理论——如果人们相对形式逻辑和刑事政策的论证作更深的观测——是一个行为反价值理论。”^[58]根据他所主张的一元行为反价值理论,“当行为人根据其犯行计划做完所有必要的事,那么行为反价值就完全并且终结性地存在了。结果的产生(结果反价值)不能在它之上再添加任何东西。由此得出的结论是对既遂和终了未遂的同等处理,这也是刑罚预防目的的要求。”更进一步地,“在对个人不法方案(以及主观未遂理论)前后一致的贯彻中,仅仅是行为人在其犯行故意中给予犯行的意义决定了规范违反的价值基底。”^[59]这打破传统地认为,即使是迷信犯也是不法,只不过不法与罪责是可罚性的必要非充分条件,当缺乏预防目的时,因为不具有需罚性而最终不予处罚。

雅各布斯作为韦尔策尔的学生,自然也受到了后者的影响,但他前期通过移植卢曼(Niklas Luhmann)的系统理论,后期通过回归黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel)的法哲学,与韦尔策尔的思想产生了距离。就规范概念而言,他所指的是“为了使社会生活以给定的、法律上支持的形态运转,而不可商讨的、且在其落空的情况下也必须不被放弃的期待”。^[60]而后他更进一步将规范阐发为据以奠定人格、引导沟通从而建立社会的基础性要素。^[61]根据他的理解,“刑罚所涉及的总是对规范破坏的反应。通过该反应所展示的总是,被破坏的规范应被维持。并且该展示性反应总是使规范破坏的管辖者付出代价。”^[62]这种理解也被雅各布斯直接运用到未遂领域,他将未遂处罚根据称作“对规范破坏的表达形成(Expressiv-Werden)”。^[63]不过雅各布斯并未极力扩张未遂的处罚范围,他认为迷信未遂缺乏对真正现存规范的打破,出于其他不真实的世界观所获得或加工的认知也将导致其行为缺乏沟通上的重要

[56] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., 1969, S. 4.

[57] Welzel, a.a.O., S. 193.

[58] Armin Kaufmann, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, FS—Welzel, 1974, S. 402.

[59] Armin Kaufmann, a.a.O., S. 403.

[60] Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., 1991, § 2 Rdn. 2.

[61] Vgl. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 2008, S. 50 f.

[62] Jakobs (Fn. 61), § 1 Rdn. 2.

[63] Jakobs (Fn. 61), § 25 Rdn. 21.

性,因而并非针对任何真正现存的规范做出。^[64]类似的规范效力论证则被弗洛因德(Georg Freund)表述为,“未遂处罚根据完全与既遂犯行具有同一性。两者所涉及的都是对举止规范违反的适当反应,以消除规范效力损害的危险。”^[65]而阿根廷学者桑西内蒂(Marcelo A. Sancinetti)则对雅各布斯式的规范效力论证进行了更为主观化的运用,在结论上甚至比阿明·考夫曼还要激进。他声称,“不法不过就是意志决意。因为外在结果——成功的身体活动也一样——在产生动机的时点、在否认规范的时刻,行为人根本无法确保;他总是(只)能够以特定目标为方向产生动机;该目标是否达成,则超越了他的‘意志错误’,因此不可能属于不法概念。”^[66]这就不仅仅是把结果,甚至是把成功做出一个身体动作本身,都逐出了不法概念,也大大地偏离了沟通上的重要性这一要求。

总体而言,在规范论证的范畴内,传统的行为反价值论证和规范效力论证属于两种不同的论证进路。与普遍存在的误解不同,雅各布斯的理论既不能简单地被归类为“行为无价值”或“规范违反说”,也不能认为他将不法建立在行为人的主观故意之上。通过上文的厘清可以发现,在规范论证的界域内,雅各布斯的理论甚至可以说具有最大程度的“客观性”。

(四)功能检验

在上文中,笔者用法益论证和规范论证的分析范式,整理了未遂处罚根据这一问题的较新理论发展,接下来也需要对这些理论进行清算。需要谨记的是,传统论证的失败之处,是在正当性与有效性的贯通上存在致命缺陷。因此,我们要做的就是对上述各种论证进路进行功能性检验。

首先,法关系论证为未遂不法提供了深刻的法哲学根据,然而却在实用层面产生了奇特的不协调。法关系论证认为,对于不法的实现,“必须作为前提的是,与被侵犯的人格或集体(社会或国家)法益之间的法关系实际存在,因为只有在此基础上侵害的未遂才可能出现。在此范围内,行为人原则上被假定的实现力(他的行为能力),完全足以抵偿在具体实现中的错误(投入过于少量的毒药,从过于遥远的地方射击)。”^[67]这意味着:一方面,该理论可以在诸如案例4-3和案例4-4等手段失灵的场合得出比传统客观理论更加合理的结论,因为只要侵害对象真实存在,法关系也就真实存在;另一方面,当侵害对象已经因偶然的原因,在侵害前就不再存续时,那么由于具体的法关系也已不复存在,只能否定行为的可罚性。然而在一个法关系侵害中,要求法关系现实存在,却不要求侵害切实可行,这无论如何是不协调的。^[68]从功能性的眼光来看,法关系是否现实存在和侵害是否切实可行,都不影响行为人通过其行为展现的预防必要性,而法关系论证恰恰完全没有考虑这一点。

[64] Vgl. Jakobs (Fn. 61), § 25 Rdn. 22 f.

[65] Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil; Personale Straftatlehre*, 2. Aufl., 2009, § 8 Rdn. 11.

[66] Marcelo A. Sancinetti, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch; Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, 1995, S. 18.

[67] Zaczyk (Fn. 45), § 22 Rdn. 37.

[68] Vgl. NK-Puppe, 5. Aufl., 2017, § 16 Rdn. 147.

其次,新危险性论证为处罚未遂提供了足够的正当性,危险性与规范违反的连结也能够最大限度激发危险概念的有效性,但现有的判断标准尚不能在部分具体案件中得出合理结论。罗克辛评价称:“人们必须将(新)危险性理论视作客观理论的正确形式,该理论仅将危险的未遂视为可罚,并像早期相当性理论以及今天客观归责学说所做的那样确定危险。”^[69]之所以能称之为“客观理论的正确形式”,是因为危险性论证自始至终和因果关系或结果归属理论相联系,从而使得危险性概念具有了与侵害的具体关联性。在希尔施的论述中我们也可以看到,未遂处罚根据在于开始故意实现客观构成要件就已经违反了构成要件背后的规范,这就意味着没有危险性也就没有规范违反。由于法益保护正是举止规范的功能,如果真的能够实现危险性与规范违反之间的贯通,也就实现了正当性和有效性之间的贯通。然而,现有的危险性标准,不仅以一般人的判断替代了行为人的判断,也以一般人可能的认知替代了行为人的具体认知。这意味着,在向尸体射击的场合,如果行为人因近视而没有认识到“被害人”已经死亡但一般人能够认识到,行为人不构成犯罪;但如果因天色昏暗等原因一般人也难以认识到,则行为入构成未遂。在功能性的眼光看,这种迥异的结论是不可思议的。

再次,行为反价值论证是态度刑法的体现,缺乏基本的正当性。这是因为,行为反价值论证不过是用反价值这个新的概念,对传统论证中的主观不法论证进行了全新的包装。主观不法论证将犯罪性意志作为刑法评价的对象,而行为反价值论证将故意作为规范违反的价值基底,两者只在表述方式上存在差别,因此关于前者缺乏正当性的批判也完全适用于后者,而无需再检验其有效性。

最后,规范效力论证具有很强的启发意义,沟通上的重要性要求也为形式化的规范效力破坏打开了一扇通往更强正当性的大门。规范效力论证的有效性是毋庸置疑的,其根本问题在于是否能够提供足够的正当性。虽然雅各布斯本人不承认刑法的任务是保护法益,但他所称的规范性期待在指向特定举止方式的同时,也不可能不以某些被积极评价的现实存在为客体。只不过如果人们将法益定义为“对于个体的自由发展、其基本权利的实现,以及建立在该目标观念上的国家体系的运作而言,所有必要的现实存在和目的设定”,^[70]就混淆了基本权利及其制度性保障,混淆了法益的现存性和规范的设定性。相反,如果采取方法论个体主义的法益概念,将制度性保障还原为基本权利,并将基本权利的客体而非基本权利本身命名为法益,^[71]进而避免将规范性举止方式视作法益本身,就能最终实现法益概念与规范概念的共存。此外,认为只有具有沟通上重要性的举止方式才能破坏真正现存的规范之效力,实际上就与希尔施所认为的没有危险性也就没有规范违反不谋而合。所谓具有沟通上的重要性,无非是指在一个祛魅的世界中,从真实的而非幻想的世界观出发,使自己的举止能够被理解为意义

[69] Roxin (Fn. 55), § 29 Rdn. 27.

[70] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlage. Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006, § 2 Rdn. 7.

[71] Vgl. Amelung (Fn. 16), S. 270.

设定。^{〔72〕} 由于危险性概念本身就能表达行为被禁止的意义,当以危险性指代沟通上的重要性时,也就为现有的规范效力论证奠定了更强的正当性基础。

综上所述,较新的理论进展仍然存在缺憾。法关系论证和行为反价值论证作为理论光谱的两个极端,显然无法经受兼顾正当性与有效性的功能检验;而新危险性论证和规范效力论证存在相互融合的契机,却也存在两方面的不足,一是未能更为明确地论证危险性与规范效力破坏之间的联系,二是未能建立更为妥适的危险性判断标准。

四、危险概念的厘清

经过上文对传统论证的资产清算和对较新理论发展的功能检验,一个呼之欲出的结论就是:经过重新定义的功能危险概念,能够成为贯通未遂处罚正当性与有效性的桥梁。然而,从旧客观说和新客观说不同的危险判断标准,以及希尔施对危险和危险性的区分来看,危险概念本身仍具有很大的不确定性和问题。因此,这里我们必须暂且放下将危险概念功能化的任务,首先对危险概念的基本问题进行清理,只有以对原始概念的清晰把握为前提,才谈得上对概念的重构。以下笔者将从危险思维的价值、危险概念的多重含义、未遂犯与危险犯的关系,以及现有的危险概念所面临的困境等几个方面,对危险概念予以厘清,务求通过这一前置性探讨消除进一步理论建构的障碍。

(一) 危险思维的价值

既然危险概念存在着很大的不确定性和问题,为何仍然选择以这一概念为根基展开对未遂理论的功能分析就成为不得不回答的问题。为了此,我们必须探寻危险思维的价值,如果危险思维所具有的特殊价值为之赋予了不可取代的意义,那么以这一概念为前提进行理论建构就是自然而然的了。既然我们选择危险概念作为消除未遂理论二律背反的工具,那么就必須从正当性和有效性两方面考察它的价值。

危险思维的正当性价值在于它与法治原则具有紧密的联系。正如罗克辛所说,“只有危险未遂的可罚性与我们刑法的法治基础及释义学基础很容易地协调一致”。^{〔73〕} 这是因为,刑事法治的基础是罪刑法定原则,而罪刑法定原则是通过具体的犯罪构成要件来实现的,只有采取危险思维,才能保证未遂犯罪与以既遂为基本形态的具体构成要件之间存在密不可分的联系。详言之,无论是在旧客观理论中还是新客观理论中,危险都意味着某种程度的因果关联或至少是因果性前提,这种具体关联性的存在,使得未遂行为除了犯罪性意志的外在活动这层意义外,还获得了显在的客观意义,即尝试实现构成要件是行为人为了完成犯罪而必须跨越的犯罪阶段,并且是直接和犯罪既遂相衔接、相毗邻的前一阶段。对未遂犯罪进行危险思维方向的理解,不仅仅具有证立正当性的理论价值,还在实体法和程序法两方面都具有实践性意义。具

〔72〕 Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 20 ff.

〔73〕 Roxin (Fn. 55), § 29 Rdn. 17.

体而言,在实体法方面,以具有某种意义上的危险或危险性为未遂犯罪可罚性的前提,就使得未遂不法的判断不仅仅停留在对行为人内心世界的拷问,而至少是同时也将判断的重点放在其行为本身的性质上;在程序法方面,危险概念的客观性使得犯罪嫌疑人、被告人的供述不再是“证据之王”,从而不能仅仅依靠供述认定行为的性质,而必须查明行为人实施犯罪时的各种主客观情况,对其行为是否造成某种危险进行客观判断。^[74]

危险概念的有效性价值,在于它作为一种警示能够标示禁忌。普珀(Ingeborg Puppe)认为:“只有当与危险判断相关的事件被作出负面评价时,人们才谈论危险,在此范围内危险概念具有一项评价性元素。若该事件被作出积极评价,则人们称其发生的盖然性为机会。但我们可以将事件发生的盖然性在概念上与其消极或积极评价相分离,从而得到盖然性这个模糊的量化概念。”^[75]从法律适用的技术上看,将盖然性与其评价相分离是必要的,只有这样才能获得一个具有可操作性的法概念。但是,这种技术化的危险概念恰恰忽视了危险作一种负面评价所具有的社会心理意义。英国人类学家施泰纳(Franz Baermann Steiner)在对波利尼西亚人禁忌(Tabu)的研究中,就已经发现了禁忌与危险的关系。他称禁忌涉及的是危险本身的社会学,亦即禁忌产生于危险,但危险也被禁忌所限定,“一旦不存在禁忌,危险也就未被定义,并且不能通过制度化的举止被克服。”^[76]这种人类学上的发现值得引起反思。当我们通过举止规范禁止人们为一定行为时,就是在现代社会中创造法上的禁忌,这种禁忌只能源于危险,并与危险互相限定。因此危险概念的功能性意义在于用它标示特定举止方式的禁忌特征,才能真正使举止规范获得呼吁功能。此外,危险也划定了举止规范的效力边界,因为在一个祛魅的世界中不存在无缘无故的禁止。

危险概念所具有的上述两方面的价值,都无法被其他概念所替代。一方面,只要我们坚持刑事法治的原则,就必须在未遂行为和具体构成要件之间建立客观联系。无论是主观不法论证还是行为反价值论证,都不具有危险概念在此意义上的正当性价值,只有沟通上的重要性这一概念与之略微接近,但与其说这一概念是危险的替代物,不如说它是危险概念在社会系统论中的变体。另一方面,危险的禁忌标示功能以及由此产生的呼吁功能和界限功能,也具有不可替代性。危险产生禁止并以危险强化禁止的观念,存在于我们语言的深层结构中,即使是不认可客观危险概念,也无法反对危险这一表述的“行为劝诫”意义。^[77]而其界限功能则表明,规范违反的实质内涵在于制造危险,因此不可能用形式的规范违反替代实质的危险概念,而应当

[74] 我国的结果无价值论证往往将避免刑讯逼供作为支持结果无价值论的一个重要论据,参见黎宏:“判断行为的社会危害性时不应考虑主观要素”,《法商研究》2006年第1期,第106页。也见于黎宏:《刑法总论问题思考》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第110页。

[75] Ingeborg Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4. Aufl., 2019, S. 38.

[76] Franz Baermann Steiner, *Taboo*, Philosophical Library, 1956, p. 146. 德文版见 Steiner, *Tabu*, in: ders., *Zivilisation und Gefahr: Wissenschaftliche Schriften*, 2008, S. 436.

[77] 参见马乐:“客观危险说的两个教条及其批驳”,《河南财经政法大学学报》2016年第2期,第90页;马乐:《刑法学中的“正当”与违法性理论》,法律出版社2017年版,第193—194页。

反过来用危险有无判断规范是否被违反。

(二)危险的多重含义

既然危险概念具有不可替代的价值,那么就on应该直面它的问题。上文已经提及,危险概念的一大问题是其内涵不确定。应当认识到的是,新客观理论并非提出了一个新的危险判断标准,而是提出了一个不同于旧客观理论意义上危险概念的危险性概念。这说明危险概念具有多重含义,而我们必须澄清这些不同的含义,才能够具体加以运用和改造。

国内外学者都已经发现了危险概念的多义性。例如日本学者木村龟二博士曾指出:“危险概念是一个危险的概念,因为它是一个多义的概念。”^[78]张明楷教授引述这一观点,对危险的多义性作出了说明。首先,“刑法上的危险概念,既可能指‘行为人的危险’,也可能指‘行为(广义)的危险’。”其次,“行为(广义)的危险又可以分为三类来考虑:第一是行为(狭义)的危险,或者说是作为行为属性的危险,意指刑法本身所具有的发生侵害结果的可能性;第二是作为经过的危险的实现,是指在行为与侵害结果之间的危险的实现过程……第三是作为结果的危险,意指原因行为后所产生的危险,从被害人角度来说,指行为的作用已经进入被害人的法益范围。”^[79]其中“作为经过的危险的实现”在现代刑法理论中一般被直接称作“危险的现实化”,^[80]因此真正需要区分的是“作为行为属性的危险”和“作为结果的危险”。尽管如此,学界的讨论却并未认真区分“危险概念群”中的诸概念。这首先表现为不区分危险(Gefahr)和风险(Risiko)。例如金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)就明确指出:“风险——在相同的意义上危险也被谈及——是结果的发生(至少)以一定的盖然性可被预期的状态。”^[81]张明楷教授也多次表示:“在汉语中,‘风险’与‘危险’两个概念的基本含义相同,在有的语境下,风险就是危险。”^[82]除此之外,危险、危险性(Gefährlichkeit)、危殆化(Gefährdung)这三个概念也经常不加区分地使用,以至于出现了逻辑上难以自立的“抽象危殆化”(Abstrakte Gefährdung)概念。

前文已经提及,与学界对危险概念群中诸概念不加辨别地混用不同,希尔施教授特别地区分了危险和危险性。事实上,在他之前,安德烈亚斯·迈尔(Andreas H. Meyer)就已经尝试区分危险、危险性和危殆化三者。在迈尔看来,“危险这一概念在危殆犯中以不同方式显现:在具体危殆犯的场合在,作为对特定法益客体在危险意义上的‘结果’,而根据这里的理解,在所谓‘抽象危殆犯’中则是作为行为人行为的‘属性’。”这与前述“作为行为属性的危险”和“作为结果的危险”相呼应。他进一步指出:“也就是说,人们在具体危殆犯的场合正确地谈及法益客体

[78] (日)木村龟二:《新刑法读本》(全订新版),法文社1959年版,第263页。转引自张明楷:《未遂犯论》,法律出版社、成文堂1997年版,第222页。

[79] 同上注。

[80] (日)山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第58—59页。

[81] Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 11 Rdn. 6; ders., Risikoerhöhung und Risikoverringering, ZStW 120 (2008), S. 481, 487.

[82] 张明楷:“论被允许的危险的法理”,《中国社会科学》2012年第11期,第112页脚注1;张明楷:“也谈客观归责理论,兼与周光权、刘艳红教授商榷”,《中外法学》2013年第2期,第307页脚注25。

的危险化,因为这样一种危险化被为之奠定基础的刑罚法律所要求。在所谓‘抽象危险犯’的场合则不以这种危险化为前提,如果人们还希望制造一种消极法益联系,就只能要求一种犯行为的危险性。”〔83〕希尔施也提出了几乎完全一致的分类标准:“符合事实的基础区分,是区别法益所陷入的(具体)危险(=本来意义的危险)和行为的(具体)危险性(风险性)。”〔84〕在他看来,两种判断的主要区别在于判断主体不同,“有关对危险和危险性的确定须注意的是,在危险的场合,事后预测与法益所处的时空环境的客观可支配情状相关,并且要求一个内行的、有时是专家的判断,与之相反,在(具体的)危险性场合,处于行为者地位并属于行为者所活动的交往圈中有理解力的第三人所进行的事后预测即已足够。”〔85〕不过该观点存在矛盾:一方面,对危险和危险性都进行事前判断的理由,无非是希望在“可能性”的意义上将危险概念用于未遂的开始;但另一方面,要求对危险进行专家判断,使之与“有理解力的第三人”所进行的危险性判断产生重大差异,反而难以直接运用在未遂中。

然而无论如何,危险性和危险化的区分都具有基础性意义。这一区分的正确性首先在于它使得法学术语更加精确,并与其他学科相互协调。例如在工程技术领域就有论者对相关术语进行了严格界定,并批判道:“在文献、技术中,首先是在公众那里,同样也包括在判例中,这些概念——表面上根据各自的判别——都被混淆、被错误使用,不被深入探究并从而被歪曲。”〔86〕其次,通过明确地区分危险性与危险化能够以说明“作为行为属性的危险”和“作为结果的危险”各自的真正含义。根据笔者的观点,“作为行为属性的危险”即危险性或风险,是指行为所具有的导致侵害结果的可能性,原则上应进行事前判断;“作为结果的危险”即危险化,是指作用轨迹与侵害发生的毗邻性或接近性,总是可以通过事后判断予以查明。只有在这一意义上,危险化的判断才可能需要专家提供鉴定意见辅助查明,例如要查明子弹的运行轨迹就需要枪支专家进行弹道实验。

据此,我们可将危险概念群重构为危险概念体系,作为上位概念的广义危险包括:一、风险或危险性(行为属性);二、狭义危险或危险化(结果状态)。

(三)未遂犯与危险犯

迄今为止,危险思维对未遂理论的意义和危险概念的多义性问题都已经得到澄清。既然未遂犯的成立需要进行危险(性)判断,那么一个直觉的反应就是,未遂犯可能是某种形式的危险犯。以下我们先对危险犯的体系加以说明,然后考察未遂犯在该体系中是否占据一席之地。

德国主流教科书都将危险犯分为“抽象危险犯”和“具体危险犯”(Abstrakte und Konkrete Gefährdungsdelikte)两类,但也越来越多地注意到作为抽象危险犯的子类的“潜在危险犯”

〔83〕 A. H. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte: ein Beitrag zur Dogmatik der “ abstrakten Gefährdungsdelikte” unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 1992, S. 183 f.

〔84〕 Hirsch (Fn. 47), S. 558.

〔85〕 Hirsch (Fn. 47), S. 558.

〔86〕 Sauer, Risikobewertung im Verwaltungshandeln, in: J. Schneider (Hrsg.), Risiko und Sicherheit technischer Systeme: Auf der Suche nach neuen Ansätzen, 2013, S. 79.

(Potenzielle Gefährdungsdelikte)。^[87] 后一概念在不同学者那里有不同的称谓,如施罗德(Horst Schröder)称之为抽象具体危险犯(Abstrakt-Konkrete Gefährdungsdelikte),^[88]霍耶(Andreas Hoyer)则创造性地使用了适格犯(Eignungsdelikte)一词,^[89]其基本意思都是需要对行为的危险性作具体判断的犯罪类型。经过上文对危险概念群中诸概念的澄清,我们发现通行分类中的“抽象危险犯”是一个自相矛盾的概念,因而有必要采纳迈尔和希尔施的建议,将之改称“危险性犯罪”(Gefährlichkeitsdelikte),再进而区分“抽象危险性犯罪”和“具体危险性犯罪”。用希尔施的话说,“‘具体危险犯—抽象危险犯’这一对传统概念是不恰当的。应被区分的毋宁是‘危险化犯罪和危险性犯罪’。更为精确的上位概念不是‘危险犯’而是‘危险犯’。与刑事刑法相称的原则上只有(具体)危险化犯罪和具有相当分量的具体危险性犯罪。相反,抽象危险性犯罪在刑事刑法中只能保留少量的例外。”^[90]当然,我国学者的讨论自始使用的就是抽象危险犯和具体危险犯的称谓,由于广义危险可以作为危险性和危险化的上位概念,因此在中文语境下并不需要进行特别的术语更改,只需要在抽象危险犯项下增加一种需要具体判断行为危险性的适格犯即可。^[91]

在澄清了危险犯的体系后,接下来就需要处理未遂犯与危险犯的关系问题。在此问题上,日本刑法学界存在抽象危险犯说和具体危险犯说之争。小野清一郎博士虽然认为未遂犯不是单纯的危险犯,但也指出:“侵害犯(如杀人罪)或危险犯(如放火罪)的未遂,各自都要求有发生构成要件中结果的危险,然而这种危险是来自行为本身的性质所决定的危险的抽象危险。”^[92]平野博士则针锋相对地提出:“未遂犯并非抽象的危险犯,而是具体的危险犯。该危险是迫切的,这是未遂与预备区别的实质理由。”^[93]虽然具体危险犯说占据上风,但也遭到了冈本胜教授从形式和实质两方面鞭辟入里的批判:从形式上讲,“如果未遂犯是‘具体危险犯’,那么具体危险犯或抽象危险犯的未遂犯在逻辑上就不可能存在了。”从实质上讲,“本来的‘具体危险犯’中的‘具体危险’,是对于特定犯罪构成要件预定的保护法益造成的危险;与此相对,未遂犯中所谓的‘危险’,意味着既遂犯构成要件实现的盖然性,并不一定是对法益的直接危

[87] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil; Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., 2018, Rdn. 45 ff.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018, § 10 Rdn. 10 ff.

[88] Vgl. Horst Schröder, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, S. 522.

[89] Vgl. Andreas Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 16 f. 类似地, vgl. Wolfgang Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, FS—Stree/Wessels, 1993, S. 93; Roxin (F. 71), § 11 Rdn. 162 f.

[90] Hans Joachim Hirsch, Systematik und Grenzen der Gefährdelikte, FS—Tiedemann, 2008, S. 164.

[91] 我国学者从“对抽象危险犯的反证”这一角度展开了研究,所涉及的其实是行为危险性的具体判断这一适格犯的问题。参见付立庆:“应否允许抽象危险犯反证问题研究”,《法商研究》2013年第6期,第76—84页。

[92] (日)小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第130页。

[93] (日)平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,第313页。

险。”^{〔94〕}李海东博士在其启蒙性读本中直接借用这一观点,得出以下结论:“与未遂犯在规范结构上一致的不是具体危险犯,而是抽象危险犯。抽象危险犯与未遂犯相同的是,作为构成要件结果的危险都没有在规范上得到表达,也就是说,未遂犯与抽象危险犯的危险都是立法推定的危险。”^{〔95〕}从这再次回到抽象危险犯说的观点上。然而抽象危险犯说也明显存在问题:首先,立法者并没有从形式上规定各罪的未遂构成要件,而是在总则中一般性地对未遂进行了界定,无论是德国旧刑法、日本以及我国刑法中实行的着手,还是德国新刑法中的“直接就位”(Unmittelbares Ansetzen),其中都包含着程度的考虑,因而有待司法认定。其次,根据危险思维下的未遂理论,危险应成为未遂犯不成文的构成要件特征,亦即这里规范表达的缺失需要以判例、学说的方式加以填补,然而抽象危险犯中的危险则确实不需要司法者个别地具体判断,属于立法推定的危险。

因此,虽然仍应从危险思维出发考虑未遂问题,但我们无法将之归入抽象危险犯与具体危险犯的体系中,至多只能说,未遂犯是危险犯的一个独立类型。罗克辛便对未遂犯属于自成一类的危险犯表示赞同,他认为:“能犯未遂几近满足构成要件,是一个自成一类的危殆犯罪,它与具体危殆犯类似并由此属于被认可的犯罪类型。相应地,能犯未遂和危殆化一样是达到既遂的必经阶段。危险的不能犯未遂总还与抽象危殆犯类似,因为在事前判断的场合构成要件的实现必将显得确实有可能。”^{〔96〕}这种将能犯未遂和具体危险犯相类比,将危险的不能犯未遂和抽象危险犯相类比的作法,更早出现在西班牙学者米尔·普伊格(Santiago Mir Puig)的论述中。^{〔97〕}不同之处在于米尔·普伊格将两种未遂视同两种危险犯,而罗克辛则特别地在脚注中指出两组比较的同一性都不存在。对于前者,“在具体危殆犯的场所——为了仅列举一项差异——结果仅仅是偶然未发生,而在能犯未遂的场合失败可能是由于有计划的防卫行为。”对于后者,“在抽象危殆犯的场所,可能陷于危险的法益并不为构成要件所包含。”^{〔98〕}当然,他也提及了与冈本教授类似的实质理由:“这样描述的危殆化必须是接近构成要件的,而不必是接近法益的。因为必须存在‘对构成要件实现的’直接就位(第22条)。亦即未遂处罚的

〔94〕 (日)冈本胜:“危险犯をめぐる问题”,《Law School》第39号(1981年),第37页。转引自(日)西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第108页。

〔95〕 李海东:《刑法原理入门:犯罪论基础》,法律出版社1998年版,第136页;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20页。前书全本基本无注释,但从后文中可以看到观点的来源。值得一提的是,对于前书陈兴良教授称:“该书是对耶赛克刑法教科书的编译,以简洁的篇幅叙述了德国刑法学中犯罪论体系的内容。”陈兴良:“转型与变革:刑法学的一种知识论考察”,《华东政法学院学报》2006年第3期,第13页。然而李海东博士在该书中将“危险论”独立成章,对具体危险犯、抽象危险犯以及未遂犯进行了全面的比较,该章节也成为不同于耶赛克教科书的最大亮点。

〔96〕 Roxin (Fn. 55), § 29 Rdn. 17.

〔97〕 Mir Puig, Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch, FS—Roxin I, 2001, S. 744 ff.

〔98〕 Roxin (Fn. 55), S. 337 Anm. 11 f.

基准点不是保护法益,而是构成要件。”他所举的例子也非常具有说服力:“当行为人就位于伪造动作时,就存在着伪造货币罪(第146条)可罚的未遂;而保护法益,即货币制度,最早也要在假币投入流通时才会受到损害。”〔99〕

笔者认为,既然已经认定未遂犯是自成一类的危险犯,而且在危险的认定中并不会为能犯未遂与危险的不能未遂分别制定标准,那么就没有必要将两种未遂分别与两种危险犯进行比较。根据这里所支持的区分危险性与危殆化的危险概念体系,正确的说法应当是:未遂犯首先需要进行危险性的具体判断,在此范围内与具体危险性犯罪即适格犯相同,但未遂犯还需要进一步判断构成要件接近性意义上的危殆化,从而与具体危殆化犯罪也有类似之处。从结论上说,未遂犯是适格的构成要件危殆犯。

(四) 危险概念的困境

以上我们将未遂犯定义为适格的构成要件危殆犯,其中包含了双重危险概念,一是构成要件实现的具体危险性即适格性,二是构成要件接近性即构成要件的危殆化,从而将两种意义上的危险概念都注入未遂犯中。此时,当我们希望用这两种意义上的危险概念解决未遂犯中的具体问题时,就将再度遭遇未遂理论二律背反这一难题。详言之,一个正当的危险概念需要具有某种意义上的客观性,然而一个传统意义上“客观的”危险概念,却难以具有有效性。为了突破这一困境,我们唯有解构现有的“客观危险”概念,为危险概念的功能化扫清障碍。

我国有学者引述齐白(Ulrich Sieber)的观点提出未遂犯是计划犯而非客观危险创设犯,“其危险源不是产生于行为在外部所制造的客观的危险,而是产生于行为人主观上的意图、计划或者其他的想象——法益侵害的主观倾向。”〔100〕据此,该观点肯定了客观危险的存在,并否定了未遂犯中包含客观危险,然而这一结论十分可疑。我国另有学者正确地指出:与危险相关的可能性判断“是一个认识论的概念,而非实体性的概念”,〔101〕并由此反对“客观危险”概念本身。值得注意的是,当我们在认识论的意义上谈论“客观性”(Objektivität)时,实际上是在谈论“普遍有效性”(Allgemeingültigkeit),这种源于康德(Immanuel Kant)的“哥白尼式革命”的全新客观性概念,早已被刑法学者熟知和使用。例如耶赛克(Hans-Heinrich Jescheck)和魏根特就提出:“违法性的客观性质并不是说,不法只能包含外在世界中的要素。而是指‘客观’

〔99〕 Roxin, (fn. 55), § 29 Rdn. 7.

〔100〕 张志钢:“‘未遂犯是危险犯’命题否定论”,《当代法学》2016年第6期,第55页。作者辩称:“计划犯并非意味着行为人刑法或者意思刑法,它同样要求存在行为人故意逾越客观事实之外部事实,并且该表现于外部的行为在客观上能够确证行为人的犯罪意图。”这一辩解是无力,因为无论是主观不法论证还是行为反价值论证也都要求犯罪性意志的外部化,仅仅将未遂的客观意义限制在此范围内根本不足以洗脱它态度刑法的罪名。另外,齐白教授的论述参见(德)乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第212—213页。

〔101〕 马乐,见前注〔77〕文,第88页;马乐,见前注〔77〕书,第189页。

这一概念须在‘普遍有效’的意义上被理解。”^[102]那么,作为认识论概念的客观危险也必然是普遍有效性意义上的客观危险,而绝不可能是外在世界中的实体。这不仅适用于新客观理论中事前判断危险性概念,也适用于旧客观理论中事后判断的危险概念,甚至也适用于那种根据行为人的认识从一般人的立场进行判断的危险性概念,因为所有这些理论所称的危险或危险性都不是本体论意义上的描述,而是基于普遍有效的经验进行的判断。^[103]

既然危险概念的客观性原本就在于其普遍有效性,而非显现在外在世界中的实体性,那么只要我们保证危险判断的普遍意义,也就保证了其最低限度的客观性,素材的外部性或一般可认知性并不是关键。至于这样一种“客观”危险概念多大程度上能够保证未遂处罚的正当性,则是需要进一步讨论的议题。

五、功能危险释义学

将举止规范和制裁规范的分析框架运用到未遂领域,必将对未遂犯罪的成立条件提出内在性质和外在表现两方面的要求。在法益保护和行为刑法两项原则之下,这两方面的要求可被具体化为侵害具体关联性和轨迹毗邻关系。上文厘清了危险概念的内部结构,即危险概念包括作为行为属性的危险性和作为结果状态的危殆化两个层面,因此所谓的侵害具体关联性也就是本文所称的危险性,而轨迹毗邻关系则是本文所称的危殆化,未遂中需要具备的是实现构成要件的危险性和接近构成要件的危殆化。下面我们将继续利用举止规范与制裁规范的分析框架,对未遂中危险性与危殆化的内部结构进行功能性分析,以实现危险概念的重构,进而利用功能性危险概念论证未遂处罚根据。

(一)功能危险性概念

危险性与禁止互相标示和限制,一般而言行为具有危险性与行为违反举止规范具有相同含义。对此需要分四个层次予以说明:第一,意志本身不能违反举止规范。规范论证中的极端观点认为,规范违反等同于意图反价值,这种意义上的规范根本不是世俗国家中法上的举止规范,而只可能是道德或宗教规范。虽然举止规范需要通过作用于人的意志产生规制效果,但这只是对其作用机制而非规制对象的描述。第二,单纯的意志外在化也不足以违反规范。法规规范的规范性在于它所规制的是人的涉他行为,单纯的意志外在化只在可认知的意义上与他人产生联系,却不等于对他人造成交互性影响。第三,在危险性认识中的行为仍然不足以违反规范。即使认为自己的行为具有危险性,在该认识下的意志外在活动也只表明了实施行为的认真性,这至多作为人格危险性的征表。当行为人的危险性认识来自迷信或其他不真实的世界

[102] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., § 24 III 6 a.

[103] 在此意义上,这里的客观性也偏离了康德的原意,因为他的普遍有效性是先天的、不需要经验性材料参与的。Vgl. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., 1787, B43 f. und *passim*.

观时,其行为不具有沟通上的重要性,也不产生否认规范效力的意义。^[104] 第四,行为违反规范的最低要求是有理解力的第三人根据行为人认识到的事实进行判断认为具有危险性。如前所述,此时所认定的危险性已经具有普遍有效性意义上的客观性,正是这种普遍有效的危险性认知和普遍有效的规范效力认知产生冲突,使行为产生否认规范效力的意义。

功能的危险性概念必须具有影响行为人行为选择的功能性意义。在本文的基础性目的设定中,举止规范的功能被设定为保护法益,之所以举止规范能够发挥法益保护的作用,是因为它具有在日常生活中的引导效力。^[105] 因此,与举止规范违反互相标示的危险性概念,就必须具有引导市民行为的可能性,才能使具有法忠诚的市民根据危险性的标示回避违法行为,选择合法行为。根据这一要求,我们可以对现有的危险概念进行审视:第一,旧客观理论中事后判断的危险首先应被排除,因为事后判断与制裁发动有关,与行为选择无关。第二,新客观理论中客观观察者事前判断的危险性也存在问题,因为客观观察者与行为人可能在基础事实的认知上存在差异。当根据客观观察者观察到的事实可以认定具有危险性,而行为人对此却一无所知时,该危险性根本无法发挥行为引导作用;而当情况相反时,由于行为人根本不具有相应洞察,也无法作出自己行为被容许的判断。第三,有洞察力的第三人根据行为人所认知的事实所作的危险性判断,即日本学者所谓的“抽象危险说”,^[106]可能造成错误引导并限缩行为选择空间。这是因为不仅行为人的危险判断可能源自不真实的世界观,在危险判断的基础事实层面,行为人也完全有可能“从原则上不适当的来源(梦境、直觉、幻想等)获得其认知,或通过原则上不适当的方式(概括自己的经验、从个案推导出规则,或从个别反常性推导规则不存在等)处理其认知”。^[107] 我们可以考虑两个边界案例:

[案例五:真假毒品案]毒枭甲与乙等多名司机单线联系,但只安排其中一名运输真实的毒品以降低被查获的风险。

^[104] 类似地,普珀在故意领域提出了风险故意概念,“只有当行为人所知道的和由他所引起的因素呈现为结果招致的一个有意义的策略时,才存在故意危险。”这要求故意危险判断遵循客观风险原则。Ingeborg Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, S. 39.

^[105] Vgl. Jakobs (Fn. 73), S. 14.

^[106] 批判性介绍参见(日)西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第275—276页。然而“抽象危险说”这一命名存在问题。如前所述,具体危险性概念的提出旨在反对旧客观理论从行为具体时空环境抽离的一般性判断,因此应当将旧客观理论称作抽象危险说。而根据行为人所认知的事实进行的危险判断,是将判断资料限定在具体时空环境中具体人的认识,应被称作“极端具体危险说”。另外,大塚仁博士介绍“抽象危险说”时引用了弗兰克(Reinhard von Frank)的评注。参见(日)大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第228页。经查,弗兰克仅仅提及:“当在被攻击者已死亡但其死亡并非毫无疑问时,冯·李斯特承认可罚的杀人未遂。然而他的理论在该结论是失败的,因为人们不可能危及死者的生命。对此至多一个危险概念的纯主观观念能使之显得可能,但冯·李斯特第28节拒绝了这一点。”Reinhard von Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 18. Aufl., 1931, S. 89.这里他提及“危险概念的纯主观观念”时根本未对判断资料的来源做任何表态。

^[107] Jakobs (Fn. 61), § 25 Rdn. 22 f.

[案例六:幻想毒品案]司机丙痴迷于香港黑社会影片,对贩毒活动具有幻想,主观地认为托运人丁委托他运输的无标签白色晶体是高纯度海洛因(实际为工业用盐),并在公安机关盘查时神色慌张从而案发。

在前一案例中,乙等是基于甲的身份、高额报酬等事实获得托运物可能是毒品的认知,即使从概率上看可能性不高,法也要求他们回避行为;而在后一案例中,丙则是基于幻想获得了错误认知,这种认知使其行为不具有沟通上的重要性。

因此,正确的功能危险性判断只可能是以行为人的感官知觉为基础,由理性的裁判者,首先对事实情状的存在与否进行理解性判断,然后根据自然因果法则,对行为人的行为在相应事实情状下导致构成要件实现的可能性进行推理性判断。这一结论的根据首先在于感性、知性与理性(Sinnlichkeit, Verstand, Vernunft)的区分。康德称:“感性和知性,通过前者对象被给予我们,通过后者对象则被思考。”^[108]因此感官知觉(Wahrnehmung)不涉及理解也不影响对意义的创造,但理解和推理的错误则有可能直接否定行为的意义。

(二)功能危险化概念

危险化是基于行为刑法原则所提出的附加制裁要求,在危险性之外考虑危险化的理由是具有危险性的构成要件符合举止和接近构成要件的危险化可能产生分离。对此可以分以下三种情况予以说明:^[109]第一,危险后置。即具有危险性的行为本身符合刑法分则构成要件描述,但仅仅实施该行为尚未造成构成要件实现的危险化状态。如通过故意制造保险事故的方式,实施《刑法》第198条保险诈骗罪中第1款第4及第5项的行为。第二,危险前置。即实施具有危险性的行为时已经造成构成要件实现的危险化状态,但该行为不符合刑法分则对相应构成要件描述。如杀手在扣动扳机这一本来意义上的“杀人行为”前所进行的瞄准。第三,双重行为。即在间接正犯和原因自由行为等场合,虽然后行为既具有危险性又符合刑法分则构成要件描述,还导致了构成要件实现的危险化状态,但却皆与真正承担谴责的前行为相分离。对于上述纷繁的情况,一个可能的选择是在不同情况下采取不同的危险化标准。然而,既然未遂场合的危险化目的在于标示未遂行为的构成要件接近性,从而与罪刑法定的刑事法治原则相协调,那么任何场合的危险化判断都不应背离构成要件接近性这一指导原则。

功能的危险化概念需要使危险性行为与他人的交互性影响可被识别。在本文的基础性目的设定中,制裁规范的功能被设定为保护举止规范效力,之所以制裁规范能够保护举止规范效力,是因为制裁维护了举止规范效力的认识基础。^[110]因此,制裁发动的前提至少应该是举止规范违反对他人造成可识别的交互性影响,从而动摇了举止规范效力的认识基础,并与行为刑法原则相协调。我们可以依此要求检验现有的各种“着手”标准:第一,主观理论所谓“犯罪性

[108] Kant (Fn. 104), B29 f.

[109] 参见吕翰岳:“实行行为概念之解构”,《北大法律评论》(第17卷第2辑),北京大学出版社2017年版,第118页。

[110] Vgl. Jakobs (Fn. 73), S. 15.

意志可被确定地认知”^{〔11〕}或“犯意飞跃的表动”^{〔12〕}首先应被排除,因为主观理论所谓的可认知性不同于交互性影响的可识别性,违背行为刑法原则。第二,形式客观理论以部分的构成要件行为已被实施作为标准,^{〔13〕}这明显无法处理前述三种形式与实质相分离的情况,其根本原因在于形式上符合刑法分则构成要件描述不等于就能直接造成交互性影响。第三,实质客观理论中的“同属性”标准^{〔14〕}与形式客观理论面临同样的问题,“直接危险”标准^{〔15〕}虽然原则上正确,却未提供可操作的具体方案。第四,领域理论提出的“对被害人领域或构成要件领域的作用”这一标准,^{〔16〕}是对同属性标准的发展和直接危险标准的具体化,并且该标准恰好保证了可识别的交互性影响,符合行为刑法的原则。该理论唯一的不足是被害人领域或构成要件领域的外延仍然不够明确,例如在徒手攻击的场合,被害人居于行为人一臂之内才能被打中,但在用枪支射击的场合,被害人出现在枪支的最大射程范围内时就有可能被击中。^{〔17〕}

因此,正确的功能性危险化标准应对领域理论作进一步发展,关键并非外延不确定的被害人或构成要件领域,而是行为的作用范围或称“射程”已经触及犯行客体等实现构成要件的关键要素。正如希尔施所说,“一开始是危险性,它逐渐增强直至法益陷入行为的作用范围就变成危险,最后阶段则是侵害结果。”^{〔18〕}那么根据行为方式、手段的不同,其作用范围也会变化。将关注的重点从被害人领域转换至行为人作用范围是符合实际的,例如当行为人使用携带核弹头的导弹攻击时,^{〔19〕}如果导弹已经进入狭义的被害人领域,那么结果早已无法挽回,正确的只可能是考虑导弹自身的射程,在它即将被发射时就能够认定行为人已经“着手”。

(三)未遂处罚根据论

根据前面所发展出的功能危险概念,功能的危险性是指理性裁判者将自己代入行为人的感官知觉中并据此作出事实理解后进行的危险性判断,而功能的危险化是指在行为作用范围内出现的接近构成要件的交互性影响。这一对概念能否为未遂处罚根据提供强有力的论证,

〔11〕 Buri (Fn. 20), S. 62.

〔12〕 (日)宫本英脩:《刑法大纲》,弘文堂1932年版,第177页。

〔13〕 Vgl. Liszt (Fn. 17), S. 194.

〔14〕 Frank (Fn. 107), S. 87.

〔15〕 RGSt 53, 217; 54, 182; 59, 386; BGHSt 2, 380; 20, 150; 22, 80.

〔16〕 Roxin (Fn. 55), § 29 Rdn. 139.

〔17〕 需要说明的是,枪支的最大射程(Maximum Range)与有效射程(Effective Range)是两个不同的概念,最大射程是指根据物理学原理可以测算得出的子弹所能到达的边界,而有效射程中则包含射击精度的考虑。若在有效射程以外、最大射程以内射击,仍有造成伤亡的微小可能。See Brian J. Heard, *Handbook of Firearms and Ballistics: Examining and Interpreting Forensic Evidence*, Wiley-Blackwell, 2008, pp. 112-114.

〔18〕 Hirsch (Fn. 47), S. 560.

〔19〕 虽然迄今为止恐怖分子使用核武器实施犯罪的情节都还只是出现在文学作品、影视作品中,但这种可能性不能被完全排除。另外,根据《国际刑事法院罗马规约》第7条第1款第1项、第8条第2款第2项,针对平民人口的杀害或攻击触犯危害人类和战争罪行。因此,即使是国家实施的核打击,在规约的效力范围内,命令的发出者和执行者都构成犯罪。

需要从正当性与有效性两方面考虑。

就正当性而言,需要论证的是功能的危险性概念与构成要件实现之间存在具体关联性。对此,可以再次回顾因果关系或结果归属理论与未遂理论的联系。在旧客观理论中,危险概念被定义为“行为本身,根据其外在属性(直接或间接地、或多或少地)与所意图的犯罪处于因果关联之中”。^[120]这是对因果关系中断论的运用,即一方面肯定因果法则上的联系,另一方面否定个案中的具体关联。在新客观理论中,“危险是指根据意志行动时点一般可认知或也包括仅为人所知的既存情状,造成损害具有接近可能性(盖然性)的状态。”^[121]这与恩吉施(Karl Engisch)所发展的相当因果关系理论相符合,该理论认为:“某举止使得一个损害性(构成要件性)结果被预期为并非不盖然后果,也就是在所涉结果的方向上能被称作‘危险的’,因为危险就是一定程度的损害可能性。”^[122]而在主观理论中,危险概念被彻底逐出了刑法学领域,这是因为根据等值理论,有且只必要条件是结果的原因,不承认或多或少的、可能的因果性。当人们将目前在文献中占据支配性地位的客观归责学说运用于未遂领域时,也能得出与具体危险说类似的风险创设理论。^[123]因此,可以得出的结论是:与构成要件实现之间的具体关联是指特定的危险性概念适合于作为结果归属的起点。

现在通行的客观归责学说最大问题在于无法妥善处理行为人的特殊认知。^[124]巴西学者格雷格(Luis Greco)认为:“对于认知或知识在此仅仅被理解为恰当的、与现实相一致的表象,错误表象则不被包含在特殊认识的概念中。”^[125]这显然与其事前判断的立场相矛盾,因为行为人的“认知”是否错误,只可能在事后予以查明。事实上,也只有功能危险性概念在判断素材上真正采取了“事前”视角,因为无论是一般人、平均人、谨慎的第三人、有洞察力的第三人,还是有理解力的第三人,都是理论上的拟制,在行为人实施行为的时点并没有一个客观观察者存在,也因此只有行为人自己的感官知觉是事前所获得的。采取功能危险性概念重构的归责理论,除了可以解决客观归责学说在特殊认知上的矛盾外,还能在行为人与客观观察者的双重错误中妥善处理结果归属问题。例如行为人由于近视而未能看清田地里站立的人形物体上有鸟停留,认为是人而肆意射击并击中,客观观察者则能够看到有鸟而判断是稻草人,但实际上在田地里站立的是“稻草人”行为艺术的表演者。那么只有根据这里所主张的真正的事前视角,才能得出结果可以归属的判断。需要说明的是,这种经过改造的结果归属理论并不等于部分

[120] Feuerbach (Fn. 14), S. 43 f.

[121] Liszt (Fn. 17), S. 118 f.

[122] Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 46.

[123] Vgl. Ho-Ki Kim, Die Risikoschaffung und der untaugliche Versuch: Zugleich ein Beitrag zur neuen Interpretation der funktionalen Strafrechtsdogmatik, 2006, S. 95 f.

[124] 我国学者的探讨,参见何庆仁:“特别认知者的刑法归责”,《中外法学》2015年第4期,第1029—1051页。

[125] Luis Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), S. 519, 532.

学者所主张的“重拾主观归责的思路”，^[126]因为无论如何改造，纯粹的主观归责都不过是“在心理上实现的客观相当性判断”，^[127]而功能危险性概念主张将理解性判断和推理性判断都交由理性的裁判者作出。因此，功能危险性概念适合于作为结果归属的起点，能够为未遂的处罚提供正当性根据。

就有效性而言，前文已经论证了功能危险性概念与举止规范效力的统一，这里仅稍加说明。在功能危险性概念下，感官知觉错误不影响危险性判断，这是因为行为人仍然能够在感官知觉错误下表达规范否认的意义，从而需要对具有相同感官知觉的其他人的行为选择进行引导。相反，理解性错误和推理性错误则影响危险性判断，这是因为行为人的错误理解和推理已经使其行为无法表达规范否认的意义，在相应感官知觉下行为的许可性需要被维持。再次回到案例五和案例六，我们需要禁止受毒枭指派运输不真实毒品的行为，否则就在与毒品犯罪的斗争中自缚手脚；但不需要禁止幻想工业用盐是毒品并运输的行为，否则大量日常行为的容许性都会陷入疑问。只有在这种功能性的考虑之下，“事前视角的客观事后预测”这一看似自相矛盾的术语才能被澄清：^[128]事前是指以行为人的感官知觉为基础，客观是指判断由理性的裁判者作出，事后是指判断是在裁判中作出，预测是指判断具有行为引导意义。

最后需要说明的是，贯彻功能危险性概念是否对举止规范性的效力存在负面影响。之所以提出这一问题，是因为如前所述，在危险性判断中可能出现形式与实质的脱节。当行为人已经通过自己具有危险性的行为表达了规范否认的意义，但其行为尚未对他人造成交互性影响时，规范效力是否被破坏就存在疑问。在未遂的前提要件中之所以增加危险性的附加制裁要求，一方面是出于贯彻行为刑法原则的考虑，另一方面则是因为表达规范否认意义的危险性举止在对他人产生交互性影响前，并不破坏举止规范效力的认识基础。不过这只是理论上的预设，一个真正重视目的达成的功能主义刑法，还要通过经验性研究检验功能的实现情况。因此如果在某些严重犯罪中，经验性研究的结果确实表明规范效力受到损害，则应当考虑对相应行为施以刑罚制裁。但即使在这种情况下，首先应当考虑的也并不是将未遂的可罚时点提前，而是针对相应犯罪设立特别的处罚前置规定。在我国这并不是一个现实的问题，因为我国《刑法》第22条已经规定了预备的一般可罚性。虽然学者对该规定多有批判并尝试进行各种限制，^[129]但是单就未遂而言，正是因为存在这一辅助制裁规范，才保证了未遂的可罚时点不需

^[126] 庄劲：“客观归责还是主观归责？：一条‘过时’的结果归责思路之重拾”，《法学家》2015年第3期，第55—71页。

^[127] Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau: Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 (1958), S. 64, 81.

^[128] 雅各布斯对“客观事后预测”的说法提出了批评，他指出：“预测既不是客观的，而是包含为人所知的，也不是事后的，判断何时在精神上被作出，是完全无所谓的（即使是法官从未经历过的进程，也可能是相当的），而是涉及观念判断，该判断不受时间影响地存在。”Jakobs (Fn. 61), S. 197 Anm. 52.之所以德国学者不认为事后预测和事前判断相矛盾，是因为这里的事后(Nachträglich)有追加的意思。

^[129] 梁根林：“预备犯普遍处罚原则的困境与突围：《刑法》第22条的解读与重构”，《中国法学》2011年第2期，第156—176页；郑延谱：“预备犯处罚界限论”，《中国法学》2014年第4期，第236—249页。

要基于处罚必要性的考虑而被不当提前。

至此,我们已经成功论证了功能危险性和功能危殆化在未遂处罚正当性和有效性上的意义。一言以蔽之,未遂的处罚根据在于行为人的行为具有适合于实现构成要件的危险性,且已经发展至危殆化状态。这里的危险性是指理性裁判者将自己代入行为人的感官知觉中并据此作出事实理解后判断其行为具有实现构成要件的可能性;这种危险性作为结果归属的起点使行为具有与侵害的具体关联性,同时还赋予行为以否认举止规范效力的意义。这里的危殆化是指在行为的作用范围内已经产生对他人的交互性影响,这种危殆化破坏了举止规范效力的认识基础。

这样的功能危险性和功能危殆化概念对个案处理具有重大影响:在案例一中,张某和竹某因信息不足导致对象不能,法官在他们的感官知觉中同样会认为王某是女性,故二人的行为具有实现拐卖妇女罪的危险,足以认定未遂。在案例二中,朱某购入假冒某品牌香烟的行为本身尚未对商标权人或市场秩序造成交互性影响,应根据犯罪预备的辅助制裁规范对其进行处罚。至于哑弹案和短枪案,只有法官在行为人的感官知觉中,根据其本人在专家证人协助下作出的事实理解,已经能够认定上膛的是哑弹或枪支无法正常发射时,才能够否定未遂的可罚性。

Abstract: In the theory of criminal attempt, the antinomy between the legitimacy and efficiency of the punishment opens the debate on the rationale for punishing criminal attempt. According to a new paradigm based on unlawfulness arguments versus teleological arguments, although the traditional proposals reveal the correlation between the rationale for punishing criminal attempt and the theory of causation, they fail to connect the legitimacy and the efficiency of the punishment. Contemporary theories have returned to the unlawfulness arguments. Therefore, the approach of legal relations and the approach of act-oriented mode cannot pass the functionality test; on the contrary, there is a possibility to combine the new theory of dangerousness and the approach of normativism to strengthen the argumentation. The idea of danger conforms to the principle of rule of law and labels prohibitions. Under the danger concept, one can distinguish dangerousness from endangerment; the criminal attempt is an eligible offense with typical endangerment, and hence the notion danger shall be interpreted in the sense of universality. Functional dangerousness means the possibility of the fulfillment of an offense definition, which a reasonable judicator in the sensory perception of the perpetrator and his own understanding estimates in accordance with scientific laws. Functional endangerment means the range of the conduct has reached the key elements such as the object.

Key Words: Functionalism; Dangerousness; Endangerment; Behavior Norm; Sanction Norm

(责任编辑:车 浩)