

中德日未遂犯处罚根据的比较与辨析

周青

澳门科技大学法学院, 中国 澳门

收稿日期: 2024年1月3日; 录用日期: 2024年3月10日; 发布日期: 2024年3月19日

摘要

本研究聚焦于未遂犯罪的处罚原则, 涵盖其法律历史根源及国际视角下的立法对比。探讨包括主观未遂论、客观未遂论和印象理论在内的主要学说, 旨在解析不同法学流派对未遂犯罪的理解与解释。分析了德国和日本在未遂犯罪处罚方面的法律依据, 揭示这两国法律体系的特点和差异。并由此考察了我国刑法对未遂犯罪的处罚原则及其思想脉络。通过比较刑法典条文, 本研究阐明了对未遂犯罪着手实行和不能犯规定的不同处理方式, 揭示国际视角下未遂犯罪处罚的重要性和差异性。

关键词

未遂犯, 不能犯, 刑法基本立场

Comparison and Analysis of the Penal Basis of Attempt in China, Germany and Japan

Qing Zhou

School of Law, Macau University of Science and Technology, Macau China

Received: Jan. 3rd, 2024; accepted: Mar. 10th, 2024; published: Mar. 19th, 2024

Abstract

This study focuses on the principles of punishment for attempted crimes, covering their legal historical roots and a comparative analysis of legislation from an international perspective. It explores major theories, including the subjective, objective theories of attempt and the impression theory, aiming to interpret and explain attempted crimes from different legal perspectives. The study analyzes the legal basis for the punishment of attempted crimes in Germany and Japan, revealing the characteristics and differences in the legal systems of these two countries. From this analysis, it examines the principles and ideological context of punishment for attempted crimes in Mainland China's criminal law. By comparing the criminal codes of these three legal jurisdictions,

文章引用: 周青. 中德日未遂犯处罚根据的比较与辨析[J]. 争议解决, 2024, 10(3): 130-135.

DOI: 10.12677/ds.2024.103176

this research elucidates the different approaches to the commencement of attempted crimes and the regulations on impossible crimes, highlighting the significance and variability in the punishment of attempted crimes from an international viewpoint.

Keywords

Attempt, Inability to Commit, Basic Position of Criminal Law

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

近年来, 由于赴德国、日本留学的专家数量增多, 以及大量引用德国、日本的理论和立法, 已证实犯罪的量刑依据问题已成为刑事界的热点话题理论。其中, 对罪犯无法审判的问题尤为特殊, 因为从来没有做过, 从行为本身来看, 实际上不存在实现构成要件的可能性。国家或地区既不能出于刑法的预防目的而对人的思想进行惩罚, 也不能轻易放弃对有犯罪故意行为但因偶然原因并未造成危害的人的惩罚[1]。非犯罪人的犯罪性问题被公认为是检验罪犯审判刑罚理论的试金石, 甚至是判断刑法基本态度的试金石[2], 也是刑法学界争论的主战场。刑法中的主观主义和客观主义[3]。当前许多国家都学习和继承了德国的犯罪思想, 但在很多问题上存在差异, 特别是在不犯罪的态度上。在德国, 印象论成为通用理论, 而在日本客观测试理论范围内的新旧客观理论之间的竞争逐渐显现。各种理论对立十分复杂, 但相关讨论却无法避免主观论、客观论、折衷论的窠臼。比较分析不同国家学说的选择和发展, 有利于厘清我国的立法选择和法律历史, 解决当前罪犯审判刑罚学术观点混乱的问题。

2. 各国未遂犯处罚根据的法史根源

2.1. 主要学说

关于未遂犯的处罚根据, 一直存在着不同的看法, 其中包括基于主观主义刑法思想的主观未遂论、基于客观主义刑法思想的客观未遂论以及印象理论的分歧[4]。

1) 主观未遂论

主观检验理论建立在刑法主观主义思想的基础上, 它只要求行为人表现出犯罪意图, 而不管行为本身是否有实际危险或者造成结果的可能性, 只要行为人有犯罪意图即可。如果该行为能够反映犯罪行为, 那么该行为就会受到审判的惩罚。纯主观审判论过分强调行为人的犯罪意图和社会防卫的需要, 刑罚惩罚的是行为人的犯罪意图和危险性而不是行为。但纯粹基于行为人的主观意识, 对未遂犯罪甚至预备犯罪应与既遂犯罪同等处罚, 无法解释未遂犯罪(如迷信犯罪)不受惩罚, 但这与既遂犯罪明显不同。当今国家或地区刑事立法中关于对清醒犯罪分子减刑、免刑的规定相互矛盾。因此“行为者说”和“植物说”等学说提出了新的惩罚依据, 即在判断犯罪时加入客观因素, 第一个认为处罚依据既要法益侵害风险, 又要从行为人对法益的风险来理解; 第二个认为, 除了行为人的计划外, 还需要考虑“法制的危险”[5]。

2) 客观未遂论

客观检验理论可以追溯到现代刑法之父费尔巴哈的侵犯权利理论, 基于客观主义刑法思想, 认为犯罪的成立必须满足两个条件: 第一, 未能实现由于外部障碍而导致犯罪的目的; 第二, 是行为与犯罪目

的之间的因果关系，根据“危险仅因特定原因和情况而不能发生而存在”和“相对不可能”和“不可能未遂”两类。无论任何情况，预期结果都不可能发生。不可能绝对惩罚那些失败的人。

一般来说，客观检验理论认为，对已证实犯罪的人进行处罚的依据并不在于行为人犯罪意图的揭露，而在于未遂行为对合法利益的客观危险[6]。如果一个人的行为具有犯罪故意，但客观上不存在侵犯合法利益的风险，则属于不受惩罚的犯罪。

3) 印象理论

无论是主观测试理论还是客观测试理论都未能对测试提供逻辑上自洽的解释，在 Thon、Bar 和 Germmingen 等学者的研究和讨论下，Roxin 教授提出的“妥协”观点被广泛接受的，即所谓的“定额备用金说”认为，惩罚已证实的犯罪分子必须满足两个条件：一是犯罪分子具有反对法律的主观意愿(即犯罪意图)；其次，肇事者的行为动摇了公众对法律制度有效性的信心。如果策划并实施严重犯罪而不受惩罚，公众对法律制度有效性的信心将会动摇。然而，印象论的一个明显问题是“法制震动”含糊不清。惩罚取决于社会效果和公众心理。这种效果也很难通过实证来验证，这必然会使刑事责任的程度加大不稳定性。

2.2. 德日未遂犯的处罚根据

1) 德国

在上述描述中可以了解到德国对私刑罪犯的处罚这一概念的法律历史渊源，根据德国刑法第 22 条，对犯罪未遂的处罚是基于对犯罪未遂的主观理解。罪犯它融入了德国学说“印象论”中主客观混合测试理论的思想[7]。另外，修改后的现行刑法删除了法国规定的原指具有相对倾向的客观因素的“开始实施”，而该规定以“犯罪人对犯罪的认识”为基础，足以凸显，德国刑法中对已证实犯罪者的惩罚依据更加主观。

从法律规定的“未遂”处罚角度来看，只要行为人具有犯罪主观故意，就会受到处罚。由于无行为能力犯罪和普通审判的行为人也表现出敌视法律的主观故意，法院只能因其主观上的严重无知而对其减轻或免除处罚，但其本身仍然构成犯罪，且不构成犯罪。也是基于主观层面的立法导向。

如果符合暂缓未遂的条件，法律效力为“不予处罚”。无论“不予处罚”的理论依据存在何种理论差异，最根本的依据都是停职的人。已放弃犯罪故意，未实施犯罪，主观上存在法律故意，无需处罚。

2) 日本

早期的日本刑法主要以法国、德国的审判刑事条款为基础，以主观审判理论为基础来处理挑衅者和不能犯罪的问题[8]。这种主观主义犯罪思想在日本逐渐有所消失，客观主义犯罪思想在法律实践和理论界占据了主导地位。都是以客观检验理论为基础的，只不过学说内部的客观检验理论在理解上存在着相当大的差异。

日本刑法的基本立场，从《日本刑法典》第 43 条以“客观危险”作为“实施”的标准就可见一斑。并且还规定，“不能做”意味着“不予处罚”，中止尝试意味着“减轻或者免除处罚”。原因是不存在由此产生客观危险的可能性，因此不应认定为构成。犯罪试图停职意味着存在“危险”，因为行为人已经开始采取行动，而仅仅因为行为人停职并没有产生任何结果，因此采取必要的减免而不是不处罚[9]。惩罚手段都可以证明日本是有客观检验依据的。

3. 我国刑法未遂犯处罚根据的思想脉络

目前，我国学者对未遂犯和不能犯的研究，大多数基于日本的学说理论[10]，这和日本学说提倡者的学界地位有一定关联，然而由于政策对客观刑法主义的大力推崇，和我国借鉴对象刑法的主观倾向，加上很多理论未能考虑各国国情的不同，导致目前学界和实际立场的割裂。

关于对预谋犯罪分子和不法分子的处罚，根据我国刑法第二十二条、第二十三条规定，预谋犯罪分

子和普通煽动分子原则上必须负刑事责任，但可以从轻、减轻处罚，甚至免于追究。预备犯罪者与已完成犯罪者的比较、惩罚。对于“中断犯罪”，“未造成伤害者”将免于处罚，“造成伤害者”将减刑。可见，即使没有直接的实际伤害、没有实际危险，只要行为人的主观恶意、挑衅行为表明其犯罪故意，就应当认定为犯罪，并予以处罚。思维往往建立在主观主义和惩罚的基础上，这是犯罪者的反社会恶性。关于犯罪暂缓部分，从规定的内容可以看出，我国所谓“犯罪暂缓”是以刑罚原则为基础，当犯罪意图丧失、犯罪暂缓执行时，刑罚缓期执行的。没有造成任何损害的，免于处罚；造成损害的，减轻处罚。

根据上述法律规定，无论在犯罪的哪个阶段，只要行为人有犯罪意图并付诸实施，即构成犯罪。如果行为人随后停止行为，则意味着不再有法律敌对意图，无需依照刑法予以处罚。但考虑到社会稳定等因素，如果造成危害，仍然需要一定程度的减轻处罚。这里需要注意的是，我国刑法规定的“应当免于处罚”与德国刑法规定的“不予处罚”表面上是相同的，但实际内涵却有所不同。我国法律的含义是犯罪仍然成立但仅排除刑罚，而德国的“不刑”是指犯罪不构成犯罪，不受刑罚，核心思想完全不同^[11]。

二是关于提供者的“犯罪义务”。该规定与日本刑法对于寻衅滋事罪成立的要求相同。主观主义刑事思维的原有倾向不仅难以合理解释对罪犯审判的“开始执行”，而且随着国际人权的发展，也违背了刑法的合法利益保护和人权保护功能。因此，强调对已证实的犯罪分子“启动处决”的成立，必须以行为存在客观危险为前提。没有客观危险的，不构成犯罪；然而，这样的理论是建立在客观主义刑法思想基础上的客观审判理论，而不是主观审判理论，与上述关于对初犯和未遂犯的处罚立场有些不一致。

我国刑法应以主观主义犯罪思想为基础来制定，但在犯罪嫌疑人实施犯罪的部分，脱离客观刑法立场的因素较多，存在混乱。所以学习的时候不能只是借鉴一个国家的法条，一定要根据现行立法，结合国情进行考虑和修正，并提出合理的建议。降低程度。应提出社交焦虑的情况。

4. 各国立法例比较

4.1. 各国条文简析

1) 中国刑法

根据我国刑法第二十三条、第二十四条，首先可以看出，我国刑法中并没有关于犯罪不能构成犯罪的相关规定。按照一般的观点，行为人无论是因客体无能还是手段无能而不能达到圆满，都直接被视为犯罪未遂，但这种观点目前在学术界受到批评。其次，可以看出，我国刑法关于犯罪未遂的规定明确排除了暂缓执行的犯罪。犯罪未遂成立的条件是：第一，犯罪已经实施；第二，没有成功；第三，由于犯罪人意志以外的因素而未能成功原因。

2) 现行《德国刑法典》

《德国刑法》(1975年生效并实施至今)规定的未遂犯必须满足以下两个条件才能被认定：① 行为人根据其对行为的构想；② 直接着手构成要件的实现。此外，《德国刑法》还规定了对中止犯的处罚，以便保障公民的合法权益。而“行为人对该行为的想象”是由行为人主观意志决定的，“行为人着手于构成要件的实现”则是在客观层面的。

3) 现行《日本刑法典》

日本法律规定未遂犯的必要条件之一是已经着手实行犯罪；其次是未遂。并对中止犯另行规定了处罚方式，行为人自行中止是中止犯的成立条件，即因己意而中止，则不符合未遂犯的成立条件。

4.2. 比较说明

1) 有关未遂犯的着手实行

中日两国对于未遂犯的“动手实施”，起码在文义解释上并无差别。但与德国刑法的规定则存在差

异,即现行《德国刑法典》删除“实行之着手”,而以主观要素的“依据行为人对于行为之认识”与客观要素的“已经开始构成要件之实现”予以取代。换言之,依照大陆地区与日本刑法的规范,“着手实行”或“实行之着手”乃未遂犯的完全必要条件;然而,在德国现行刑法已经删除“着手实行”这个用语的情况下,其未遂犯的构成必要条件为何?是否延续“着手实行”的定义予以解释?

2) 有关不能犯的规定

虽然我国和日本的刑法都没有明确规定不能犯的条款,但实际上两者处理方式截然不同,在我国,通说和司法实践通常将不能犯视为未遂,并以主观危险学说作出价值判断,仅在量刑上则会根据情节轻重来适当调整减轻。而日本认为未遂犯应该区别于不能犯,未遂犯仍然属于犯罪应该被惩罚,而后者则属不可罚的非犯罪行为,这是是站在客观危险说下考量,处罚立场完全不同。与中日不同的是,德国刑法典明文规定了不能犯的相关概念和处罚标准,这样的差异,使得我们在判断不能犯与普通未遂的界限以及处罚的问题上,是否有着更多的共识或者不同的理解?对于中日刑法,如何准确理解不能犯的界定和规定内容,以及如何妥善解读德国刑法有关不能犯的条款,从中汲取教训,势必产生重大影响。因此,深入研究德国刑法的不能犯规定,特别是有关未遂犯的处罚根据方面,将会成为解决这一问题的关键。

5. 结语

我国刑法整体思想脉络与德日有相当差异,加上原本以苏联四要件理论为中心的刑法学界,几乎没有对未遂犯的处罚依据这一问题有较为深入的探讨研究[12]。多数学者认为我国未遂犯处罚根据应该是采取客观未遂理论[13],这有我国近年来大力推崇客观主义刑法立场的因素,笔者认为刑法有关未遂犯的处罚根据是兼顾主观未遂理论和客观未遂理论的立场,未遂犯的主观层面与既遂犯相同,只是没有发生构成要件实害结果,因此,在探寻未遂犯的处罚根据时,不能置行为人主观于不顾。我国《刑法》第23条规定了未遂犯相对既遂犯可以减轻处罚,说明未遂犯与既遂犯具有客观上的差异;规定为任意减轻而非必要减轻,又表现出未遂中重视主观的一面,未遂的处罚就一定是带有了主客观折中的色彩。但这样的“折中”又有别于德国印象理论的主观客观混合未遂理论。我国学说倾向于以“法敌对意思”为依据的主观未遂理论为主体,以结果发生的危险性为辅助,而德国所称的印象理论基础也是“法敌对意思的显现”,而辅以法动摇之印象为依据的客观未遂理论,两者在辅助内容上有所偏差,相较之下,我国更注重客观层面的危险性,德国更多的是从人的视角去进行规定,我国刑法相关条款的客观程度更高。我们应该从这一折中理念出发,深入探讨未遂犯的其他相关问题。不能直接依托于外国的观点,而是要充分考虑到不同国家在思想上的差异、多样性以及各国刑法基本立场的选择差异和合致性。

参考文献

- [1] 吕翰岳. 未遂处罚根据的功能性危险论证[J]. 中外法学, 2019, 31(6): 1630-1659.
- [2] 梁根林. 未遂犯处罚根据论: 嬗变、选择与检验[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015(2): 108-118.
- [3] 陈兴良. 不能犯与未遂犯——一个比较法的分析[J]. 清华法学, 2011, 5(4): 8-24.
- [4] 劳东燕. 刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察[J]. 南京师大学报(社会科学版), 2013(1): 67-77.
- [5] (日)森住信人. 未遂处罚の理论の构造[M]. 东京: 専修大学出版社, 2007: 48-53.
- [6] (日)高桥则夫. 刑法総论[M]. 第4版. 东京: 成文堂, 2018: 112-113.
- [7] 黄荣坚. 基础刑法学·下[M]. 台北: 元照出版公司, 2012: 474-475.
- [8] (日)牧野英一. 改订日本刑法[M]. 东京: 有斐阁, 1933: 276-277.
- [9] (日)井田良. 刑法総论の理论构造[M]. 东京: 成文堂, 2005: 247.

-
- [10] 张梓弦. 不能犯论的日本路径及其借鉴意义[J]. 比较法研究, 2019(1): 104-123.
- [11] 王俊. 不能犯中危险判断的客观化倾向之辨正[J]. 苏州大学学报(法学版), 2017, 4(4): 96-105.
- [12] 江溯. 二元违法论与未遂犯的处罚根据[J]. 国家检察官学院学报, 2014(2): 94-102.
- [13] 张明楷. 刑法学(上册) [M]. 第5版. 北京: 法律出版社, 2016: 339.