

中止犯自动性研究

ZHONGZHIFAN ZIDONGXING YANJIU

张鹏◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中止犯自动性研究

ZHONGZHIFAN ZIDONGXING YANJIU

张鹏◎著



二〇一三年度教育部人文社会科学青年基金项目

《中止犯自动性的实质解释与司法认定》

项目批准号为13YJC820103

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中止犯自动性研究 / 张鹏著. —北京: 法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4985 - 4

I. ①中… II. ①张… III. ①中止—刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 105637 号

中止犯自动性研究
张 鹏 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 齐梓伊
责任编辑 齐梓伊
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16
印张 17.5
字数 245 千
版本 2013 年 9 月第 1 版
印次 2013 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社 (100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 (100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4985 - 4

定价: 42.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 导论 1

一、研究意义与方法 2

二、论题研究的难点 6

三、用语的厘清 12

第二章 中止犯减免处罚的根据与自动性 16

第一节 德国中止犯免除刑罚的根据 16

一、法律理论 17

二、黄金桥理论 18

三、奖赏理论 21

四、刑罚目的理论 23

五、其他学说 26

第二节 日本中止犯减免刑罚的根据 30

一、刑事政策说 30

二、刑罚目的说 31

三、法律说 31

四、并合说 40

五、新近的有力说——危险消灭说 43

第三节 我国的中止犯减免处罚根据 44

第四节 本书立场：量刑责任减少和刑事政策并重说 46

一、中止犯与未遂犯在现象上的差异 46

- 二、中止犯与未遂犯在刑法体系内的比较 48
- 三、中止犯与未遂犯在刑法体系外的比较 52
- 四、本书观点的展开:量刑责任减轻与刑事政策并重说 54
- 第五节 中止犯减免刑罚根据对自动性理论的影响 59
 - 一、中止犯减免刑罚根据与自动性理论地位 59
 - 二、中止犯减免刑罚根据与自动性学说的关系 62
 - 三、需要澄清的误解 66

第三章 自动性理论的基本脉络 69

- 第一节 自动性的实务见解 69
 - 一、德国法院见解 69
 - 二、日本判例见解 78
 - 三、我国实务见解 80
- 第二节 德日刑法自动性理论概述 100
 - 一、德国的自动性理论 100
 - 二、日本的自动性理论 110
- 第三节 我国的自动性理论 121
 - 一、我国自动性理论的传统观点 121
 - 二、我国自动性理论的新近观点 125

第四章 本书立场:新折中说之提倡 129

- 第一节 自动性理论的基本框架 129
 - 一、自动性理论的建构方式 130
 - 二、自动性的判断对象 135
 - 三、自动性的判断基准 140
- 第二节 自动性理论的具体内容 149
 - 一、自动性的实定法含义 149

- 二、自动性的心理内涵 152
- 三、自动性的规范内涵 162
- 四、自动性心理内涵与规范内涵的关系 172

第五章 自动性认定中的具体问题 176

第一节 因内在诱因而中止 176

- 一、失败未遂问题 176
- 二、因情绪性障碍而中止 188
- 三、因迷信而中止 198

第二节 因外在诱因而中止 199

- 一、因合法替代手段而中止 199
- 二、因犯罪起因消失而中止 202
- 三、因目的物障碍而中止 203
- 四、因财产得失而中止 208

第三节 其他问题 209

- 一、未预期障碍与中止自动性 209
- 二、误认客观障碍与中止自动性 210
- 三、放弃犯意的彻底性问题 211

第四节 从新折中说看我国中止自动性认定实践 221

第六章 事实不明与自动性认定 225

第一节 研究事实不明问题的必要性 225

- 一、事实不明的基本内涵 225
- 二、事实不明的研究意义 227
- 三、自动性涉及的事实不明类型 231

第二节 运用逻辑上的阶层关系认定自动性 233

第三节 运用互斥的构成要件要素认定自动性 236

第四节 运用罪疑唯轻原则认定自动性 239

第五节 罪疑唯轻原则在自动性认定中的适用条件和例外 243

一、罪疑唯轻原则在自动性认定中的适用条件 243

二、罪疑唯轻原则在自动性认定中的例外 248

结语 251

一、本书的基本结论 251

二、本书可能的创新之处 253

三、本书的不足之处 256

参考文献 261

后记 273

第一章

导 论

自从启蒙时代以来,刑罚不再是无限制的统治手段,而必须满足经济性的要求。国家必须在保证刑罚预见可能性的前提下,以缓和而理性的刑罚手段实现法益保护目的。中止犯在规训社会的过程中扮演着排除刑罚的角色,如果行为人在犯罪后避免了既遂,同时满足自动性的要求,那么他就已经不是刑罚惩罚的对象。此时,自动性无疑成为解除行为人刑罚的关键推手。由此可知,自动性所要解决的问题是,中止行为与行为人意志之间具有怎样的关联,才能产生减免刑罚的法律效果。正如学者所言,在中止犯的研究中,“最为值得讨论,也是问题最多的,就是犯罪中止的自动性(任意性)”。^① 该领域不仅牵涉问题多,而且这些问题彼此牵动,形成错综复杂的局面。在这一研究领域,刑法学说史上积淀了可以形容为繁复冗杂的理论。可是,在历经了漫长的理论演进之后,除了个别容易达成共识的部分,自动性问题仍然有许多依旧聚讼不止的争议。那么自动性问题有何意义?它又究竟难在何处呢?

^① 陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第384页。

一、研究意义与方法

刑法学说史为我们明确自动性的意义提供了一个可以接受的制式答案,即自动性具有有限缩障碍未遂成立范围的功能,我们研究自动性正是要合理区分障碍未遂与中止未遂,从而满足刑罚经济性的要求。但是,正如人们在实践中体会到的那样,自动性从来不是一个内涵明确的概念。如果说刑法学是一门以合理勾勒可罚性界限为最高目标的学科,那么刑法要引入自动性这种从未被清楚表达因而本身难以自我限定的要素,我们就必须对其加以研究,使其逻辑自洽并具可操作性。

传统观点认为,自动性要件是区分中止犯与未遂犯的关键,中止自动性是中止犯的研究重点。在国外刑法理论中,自动性问题通常与中止犯的减免根据联系起来进行研究。可以说,对中止犯减免根据理解不同,就会对自动性的功能、地位及内容给予不同的解读。与国外不同,我国传统观点较少联系中止犯减免处罚根据研究自动性问题。一方面,传统通说对中止犯减免处罚根据缺乏细致研究,从相对简单的理解出发,很难深入思考自动性问题;另一方面,即便对减免根据有了深入思考,但由此出发拓展到“自动性”领域,仍然需要解决许多细节问题。整体而言,中止犯减免处罚根据研究的相对落后制约了自动性问题的研究,这是我国刑法学在该领域长期滞后的重要原因。但近年来,学界对中止犯的研究日渐深入,这一局面有所改观。这主要表现在对日本理论的借鉴与吸收,学者们不仅对中止犯减免处罚根据有了系统而严谨的论述,^①也有观点提出将中止行为作为中止犯的研究重点,^②重新审视和建构“自动性”的理论地位和内容。

本书认为,自动性具有怎样的理论地位与中止犯的比较对象有关。如

^① 张明楷:《未遂犯论》,法律出版社1997年版,第325~328页;张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第337~339页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第275~277页;张平:《中止犯论》,中国方正出版社2005年版,第31~40页;程红:《中止犯基本问题研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第25~30页;李立众:“中止犯减免处罚根据及其意义”,载《法学研究》2008年第4期;魏东、李运才:“中止犯的处罚根据检讨”,载《江西公安专科学校学报》2005年第3期。

^② 吴大伟:“论中止行为”,清华大学法学院2008年博士学位论文。

果我们将中止犯与既遂犯比较,由于两者在不法层面存在差异,因此即便忽略自动性要件,也不妨碍人们正确区分两者。因此,相对于既遂犯,我们没有必要将自动性问题置于中止犯研究的中心,关注消灭既遂危险的中止行为及所谓中止意思也就够了。但是,如果我们将中止犯与未遂犯比较,并且认为两者仅存在量刑责任与刑事政策上的区别,那么作为客观不法要素的中止行为,以及作为责任要素或主观不法要素的中止意思便不再重要,自动性必然成为中止犯的核心问题。相反,如果我们承认主观的不法要素,认为中止犯与未遂犯在不法及行为责任上存在区别,那么将中止行为及中止意思作为中止犯的研究重点也未尝不可,自动性的理论地位便会相应地降低。可见,自动性的研究意义与地位实际上取决于如何理解中止犯和未遂犯之间的区别。回答这一问题必须追问中止犯减免刑罚根据(以未遂犯为比较对象),即为何中止犯的处罚不仅轻于既遂犯,而且还轻于未遂犯。可以说,中止犯的减免刑罚根据直接影响自动性的理论定位、基本含义与认定方法。有鉴于此,本书拟从中止犯的减免刑罚根据出发,确定自动性的意义与功能,然后再进入自动性基本含义与认定方法的讨论,最后针对自动性认定中的具体问题给出自己的回答。

本书将以大陆法系刑法规定和理论为中心展开论述,仅在文末“本文的不足之处”适当介绍中国古代刑法和英美刑法的相关内容。本书之所以在路径依赖问题上作出这种安排,主要基于如下考虑:

(1)我国刑法师承大陆法系刑法,这决定了中国刑法学的路径依赖主要是大陆法系刑法理论。自《大清新刑律》开始,我国刑法逐步从中华法系刑法跨入近现代大陆法系刑法的行列。作为大陆法系刑法的继受法国家,无论是从规范比较角度,还是从功能比较角度,都需要追溯到德国刑法学那里。同时,日本的社会文化背景与我国接近,将日本刑法作为比较研究对象早已成为学界习惯做法。这一史实决定了中国刑法学的路径依赖主要是大陆法系刑法理论,而不可能是中国古代刑法理论和英美刑法理论。

(2)中国刑法学目前使用的绝大部分论理词几乎都源自大陆法系刑法学,本书同样选择德日刑法论理词及理论对基本结论进行论证。我国刑法

学在新中国成立之初主要受到前苏联刑法学影响,近期则受日本刑法学影响,但前苏联刑法学和日本刑法学均师承德国刑法学。在这一背景下,我国目前使用的刑法学论理词几乎都是舶来于大陆法系刑法学的移植词。我国学者在翻译这些移植词时多采用意译,能够兼顾音译的极其少见。而这些意译而来的移植词并非在中国生长出来的,除了翻译词条之后的释义,很多都没有“用法”,因此可感性极差。这种现象导致刑法学研究者写出的文章简直就是一种“准外语写作”,难以在大众中进行传播和交流。在这种情况下,不少学者呼唤尽快创立具有中国特色的刑法学话语。但是,中国特色刑法学作为一种成熟的话语系统现在远未形成,即便在可预见的未来,那些自称具有中国特色的刑法学话语能否参与国际学术交流也未可知。在这种情况下,无论我们愿不愿意,中国学者的刑法研究必然会被纳入大陆法系刑法学研究之中,而与英美刑法保持一定的距离。

(3)在中止犯自动性问题上,英美刑法与中国古代刑法的研究价值相对有限。英美刑法不存在犯罪中止这一概念,但在不完整犯罪或免罪辩护中存在“放弃犯罪”(Renunciation, Abandonment 或 Withdrawal)的概念。“放弃犯罪”要求自愿而彻底,其中的自愿性与中止犯的自动性在语义上接近。但是,由于英美刑法理论体系与大陆法系刑法理论体系存在明显不同,“放弃犯罪的自愿性”不仅影响量刑,还作用于定罪,因而与“中止犯自动性”在语用上存在巨大差别,这种差别直接妨害了英美刑法理论对本研究的借鉴作用。此外,英美刑法学本身的特点也决定了它在具体问题上不容易与大陆法系刑法学交会与融合,导致其理论意义相对有限。^①比如,英美刑法学的精华在于判例,其成文规定几乎全部源自判例积累,并随着判例发展而不断改变其内涵。应该说,人们研究任何一个英美刑法问题都需要搜集数量庞大的判例,并在此基础上梳理出某种不断变化、并且缺乏普遍意义的刑法规则。我国缺乏英美刑法那样的成熟判例体系,即便我们获得了的英美刑法

^① 英美刑法学由于采用了现实主义和经验主义的哲学基础,因而在研究方法和基本理念上仍然有着极高的借鉴意义,比如财产犯罪的财产观念、事实区分技术等。笔者无意全面否定英美刑法的理论价值,仅指出它在具体问题的比较研究中存在特殊的困难。

研究成果,也很难移植到我国的刑法之中。无论如何,作为一个大陆法系国家,我们的法学主要追求对普遍规则的研究,这恰恰是英美刑法学特别反对的;又如,奉行现实主义的英美刑法学并不特别计较理论的体系性,甚至推崇“重叠的共识”和“不完全理论化的合意”的好处。这导致英美刑法学往往具有散点论述的特点,这恰恰是大陆法系刑法学坚决排斥的,如此等等,在此不再一一列举。最后也是最重要的,英美刑法学对于自动性的研究远未达到大陆法系刑法的水平。无论是英美刑法的理论研究,还是经典判例的论述,都未在自动性问题上提出独到的观点。基于上述原因,本文较少涉及英美刑法对于自动性问题的论述。

在刑法学研究中,理论地位比英美刑法更为尴尬的是中国古代刑法。中国古代刑法属于已经消逝的中华法系。我们是一个讲求继承传统文化的民族,如果中华法系的某些刑法规定与理论在今天仍然具有意义,那么理应被现代中国刑法所继承。但遗憾的是,中国古代刑法从理念到具体制度和基本概念大都与现代刑法有着相当差距,甚至尖锐对立,这使中国刑法史在近现代与中华法系决裂。在自动性问题上,中国古代刑法虽然有未遂的规定,但对中止犯的规定及理论少之又少。作为一篇刑法学论文,而不是刑法史论文,中国古代刑法对本文试图论证的新折中说意义有限。

(4)在全球化的时代,刑法的问题体系和研究进路不可能再像过去那样以民族国家为单位进行划分,而是需要超越民族主义情结,追求全球化所带来的融通性。在某种意义上,人们刻意追求所谓具有中国特色的刑法话语可能是多余的。大陆法系刑法学的话语系统具有与哲学类似的开放性与普适性。中国学者如果能够充分考虑自身文化背景与国情的特殊性,完全可以使用德日刑法话语分析和解决中国问题。可以说,即便中国学者完全使用德日刑法话语,只要他进行诚实而独立的思考,由此获得的研究成果当然属于中国刑法学。如果这种研究成果同时关注的是国际主流问题,那么它也必然会被国际化而得到国际同行的承认与尊重。换言之,过分纠结于英美刑法、德日刑法、中国特色刑法的话语选择问题其实毫无意义。说到底,

刑法话语体系只是研究的工具,不具有绝对的意义。更何况,在很多问题上,不同刑法话语有着类似的思考,换一种刑法话语只不过换了另一种语言系统罢了,对解决问题本身并没有实质助益。

(5)尽管如此,作为一篇博士论文,本文仍然有必要从“比较的广泛性”角度,适当介绍英美刑法和古代刑法关于自动性问题的研究。但是,考虑到两者对本书的自动性研究缺乏足够的解释力,为论证简练、结构紧凑起见,本书计划仅在文末简单介绍相关内容。

需要附带说明的是,“比较的广泛性”究竟对理论建构有着怎样的意义值得反思。一般而言,有比较才有鉴别,但这种比较并不是盲目的数量堆积,而是要根据研究目的进行选择。不能认为,比较范围越广泛,研究结论的普适性就越强,学术水平便越高。德国刑法学者很少比较伊斯兰刑法,也极少比较中国古代刑法,但是没有人批评他们的比较研究缺乏广泛性,因此学术水平有待提高。我们需要反思的其实是一个很常识的问题:为什么我们在比较了德国刑法、日本刑法、英美刑法、中华刑法之后,分别指出它们的片面性,然后再将这些在我们看来片面的东西结合起来,最终“幻化”出一种据说很全面的理论呢!在笔者看来,比较的广泛性并不是绝对的研究指标,而仅仅涉及基础的材料整理工作,未必对理论建构有积极意义。有时,比较对象越广泛,反而可能使研究活动失去意义。用数学语言说,函数的目标数越多,限制性条件便越复杂,最终有可能导致无解。

二、论题研究的难点

长久以来,自动性要件在世界范围内得到实定法、理论学说及司法实务的认可。大陆法系刑法教科书一般都在中止犯一章将其作为重要要件加以介绍,认为自动性具有区分中止与未遂的功能,或者具有限制中止行为功能,或者具有降低刑罚处罚必要性和刑事政策功能,如此等等。虽然自动性对于中止犯的认定具有重要作用,但是涉及自动性的基本问题——自动性的概念为何?或者另一种表达方式:如何判断行为人中止犯罪具有自动性?——仍然缺乏清楚的回答。这个疑难从早期开始便一直存在于自动

性理论研究之中。关于中止犯与未遂犯区分的疑难案例也大多肇因于欠缺清楚的自动性定义。之所以形成这一局面,本书认为主要与三方面因素有关:

首先,自动性与行为人心理有关,而人的心理现象异常复杂,自动性问题随之困难。人们对自动性的理解肇始于心理学的考察方式。心理学意义上的自动性与日常生活中的自动性最为接近,赋予自动性某种心理学内涵成为研究者最为朴素和自然的选择。在这一方向下,有人将自动性理解为心理学上的自控力。如果行为人没有被外在强制停止犯罪,即便他主观上存在认识错误,只要他仍然能够根据自己的意志支配自己的举动,那么就具有自动性。据此,只要排除外在物理强制、精神病、反射性活动等所谓缺乏行为性的场合,基本上都可以肯定自动性成立,这种自动性的理解方式最为宽泛。有人则从动机角度理解自动性,认为自动性是指中止行为的动力来自行为人自身,而非外部因素。也就是说,行为人基于自身产生的自律性动机实施了行为,该行为便具有自动性。反之,如果行为动力来自外部因素,那么行为就不具有自动性。但是,如何从心理学角度理解和认定自律性动机并不容易回答。比如,行为人因为迷信产生了具体的恐惧,不敢继续犯罪,这种场合究竟是否具有自律性动机可谓见仁见智。如果从具体恐惧产生的心理压力看,似乎应该否定自律性;如果从迷信观念属于行为人内部因素看,由于没有外部因素介入,似乎应该肯定自律性动机。这样一来,迷信产生心理压力究竟是肯定自动性的理由,还是否定自动性的理由,便成为一个心理学上难以回答的问题。再有,心理学在动机之外,通常还会考虑情绪、意志力、性格等诸多因素对行为选择过程的影响。这些因素对行为人作出中止决定有可能产生方向一致的作用,有时则完全相反。在各种因素作用方向不一致时,究竟在整体上如何认定自动性,也难以从心理学角度得出满意的答案。还有人只把那些闪烁着道德光彩的自律性动机作为适格的动机,如真诚悔悟等。但是,伦理性动机如何在心理学上加以认定也是一个难题。自然辩证法通常认为,心理学是否属于严格意义上的实证科学仍然存在疑问。可是,心理学假如不能从实证角度认定伦理性动机,那么它作

为事实学的优势便不复存在。退一步说,心理事实即便能够从实证角度查明,我们也不能从事实中推出价值。例如,心理学研究表明,处置危险的行为由脑干决定,情绪行为由小脑决定,只有那些理性计算的行为才由大脑决定。假如意欲盗窃的行为人因为被害人的恶犬向自己扑来而放弃犯罪的,通常人们会认为行为人经过理性认知,产生了恐惧心理,并最终被迫放弃犯罪。但实际上,心理学研究表明,像这种基于人身安全考虑而决定行为的场合,行为人放弃犯罪是根据以往的记忆经验在一瞬间作出行为决定的,并没有一个理性思考的过程。换言之,行为人是先作出行为决定,而后再思量行为理由的。须知,如今的脑科学、心理学、社会学、经济学、人类学等对人类行为内在机理的研究已取得突飞猛进的发展,其中最重要的核心发现就是:影响人类行为的最主要因素不是显意识层面的思维,而是潜意识层面的思维。^① 在一定意义上,人们的潜意识在瞬间决定了行为的取舍,在此之后,显意识中的理性思维才为行为决定寻找理由。又如,在因情绪而中止的场合,情绪行为并非理性思考的结果,而是小脑根据其情感功能而作出的。上述两个例子说明,心理的实像与人们对行为过程的想象存在巨大差距。面对这种多少有些出乎意料的心理事实,我们应该怎样思考自动性问题呢?显然,心理事实本身推不出价值,撇开价值与规范,我们无法从纯心理事实的角度思考自动性问题。上述种种,实际上反映出心理学的自动性考察方式虽然有其必要性,但也存在一定局限。人类心理现象极其复杂,单纯从心理事实角度理解和认定自动性有着特殊的困难。在此意义上,如果我们对心理学的真实面貌一无所知,便盲目乐观地坚信心理学足以建构自动性理论,就可能会陷入想当然的臆想之中。只有真正了解心理的复杂性以及心理学的优势与不足,才能恰当运用心理学知识建构自动性理论。

其次,自动性问题难以研究,还与我们对“自动”一词的使用方式有关。从语言学角度,自动性在语言学上属于核心含义极小,而边缘含义极

^① 关于潜意识与显意识在行为决定中的地位与作用,心理学上一般概括为主仆关系。参见[美]戴维·布鲁克斯:《社会动物》,余引译,中信出版社2012年版,第X—XVII页。

大的用语。^①在中文语境中,这一点表现得尤为明显。这是因为,自动性在德日刑法中明确表述为“出于己意”,^②人们据此可以断定自动性不应超出心理意义上的自愿心理。如果论者单纯根据规范性标准来理解和判断自动性,那么就会被批评为超出了法条用语可能具有的语义范围。但在我国刑法中,自动性要件仅仅以“自动”一词加以表述。“自动”一词在中文中有着相当灵活的用法和含义,例如,日常语言中存在“自动售货机”、“自动取款机”等词汇,这说明即便对没有行为意志的机器,我们也可以用“自动”加以描述。因此,单从用语的涵摄范围看,“自动性”完全能够超出“自愿心理”这一纯粹心理的自动性理解方式,而在事实的允许范围内^③进行适度的规范评价与认定。可以说,在我国即便法官在审判疑难案件时对自动性做最广义的解释,也未必能超出自动性的语义射程。这启示我们,中国的自动性理论不一定要沿袭外国理论,应当充分考虑我国用语的特点,以更包容和务实的态度建构我国的自动性理论。

再次,自动性与中止犯减免刑罚的根据关系密切,而该问题长期争论不休。如前所述,自动性边缘含义极大,因此其理解方式必然多元化。严格说来,自动性可以区分身体上的自动性、心理上和规范意义上的自动性。但是,这种区分只是理论上的,在自动性的日常含义中它们是浑然一体的。我们没有办法只采取某一种理解方式,而同时排除其他理解方式。就此而言,自动性实际上是一个难以自我限定的概念。在这种情况下,人们对自动性

① 许玉秀、陈志辉:“不疑不惑献身法与正义——许道曼教授刑事法论文选辑”,载《台北春风煦日论坛》2006年,第379页。

② 自动性在德国刑法典中表述为“Frewilligkeit”。根据德文构词法,will是指意志,Frewilligkeit即指“出于自由的意志”。自动性在日本刑法典中表述为“自己的意思”,翻译为中文是“自己的意志”。由此可见,德日刑法中的自动性与行为人意志有着必然联系。

③ 这里所谓事实的允许范围是指,司法者在运用规范方法理解和认定自动性时,必须尊重行为人为心理状态所划定的事实界限。如果行为人为“中止”犯罪完全缺乏自然行为意义上的有意性,那么无论如何也不可以单纯从规范层面“拟制”出某种意义上的自动性。原则上,只要行为人为中止犯罪具有有意性,那么人们便可以结合行为人的实际心理状态从规范角度论证行为是否具有自动性。换言之,在满足行为有意性的前提下,即便行为人的自愿心理不典型,甚至心理压力达到难以自控的程度,也不妨碍人们从自动性的规范内涵出发论证行为人为心理状态是否可以与典型的自愿心理等同视之。本书强调“事实允许的范围”旨在排除罔顾生活经验与事实的纯粹的规范性评价。

的理解取决于他们使用这一术语的目的。诚如语言哲学所言,用语的含义在使用中得以确定。“对于一个法律概念的定义来说,同时也是最重要的正确性标准,此即法律适用上的实践后果(die Praktischen Konsequenzen),也就是所谓的目的论解释(teleologische Auslegung)。”^①如果我们脱离目的论解释,或者说,不考虑刑法意图将哪些中止行为人作为减免刑罚的对象,而仅在表面上对自动性理论的源流加以梳理,并试图从中发掘某种完美无缺的“定义”或“判断标准”,这几乎是一个不可完成的任务。我们必然要追问:既然自动性概念如此模糊,为什么刑法要将自动性作为中止犯成立要件?或者说,刑法设置自动性要件究竟想要将哪些中止行为人作为减免刑罚的对象?这个问题实际上只能通过讨论中止犯的减免刑罚根据才能进行恰当的回答。

在本书看来,只有从中止犯减免刑罚的根据出发,我们才能够理解中止犯的法律性质,进而把握自动性的意义与内涵。与其他犯罪形态相比,中止犯处罚最轻,那么它为何能够减免刑罚呢?这需要追溯中止犯在犯罪成立、量刑以及刑事政策上所具有的特点,即中止犯的法律性质问题。明确这一问题,有助于我们在宏观上把握自动性的体系位置与功能。如果我们承认主观的不法要素,认为中止犯与未遂犯在不法及行为责任上存在区别,那么中止行为及中止意思可以作为中止犯成立的关键,自动性仅具有决定中止行为可能性的功能。换言之,刑法设定自动性要件的目的在于限制中止行为成立的范围。刑法试图把握的宽宥对象是以中止意思实施中止行为的行为人。相反,假如我们否定主观的不法要素,认为中止犯与未遂犯仅存在量刑责任与刑事政策上的区别,那么中止行为及中止意思便不再那么重要,自动性必然成为中止犯的核心问题。也就是说,刑法设定自动性要件的目的并非限制中止行为的成立范围,而是在中止行为及中止意思之外独立地限定中止犯的成立。刑法试图把握的宽宥对象并非仅仅以中止意思实施中止行为的行为人,而是在此基础之上提出了更高的要求。

^① [德]Ingeborg Puppe:《法学思维小学堂——法学方法论密集班》,蔡圣伟译,元照出版有限公司2010年版,第9页。