

不能犯危险判断的理论重塑

——从“两分法”到“步骤法”

熊 波

【摘要】实务界对不能犯处罚扩张的普遍趋势与学术界否认不能犯刑事可罚性的主流观点形成鲜明对比。当前学理研究存在着不能犯“危险”判断素材和判断立场相互分离,以及内部标准单一化判断的“两分法”的共同现象,致使主观认识的危险事实被带入刑事司法之中,或者具有客观危险可能的行为被科学因果法则排除在刑事司法之外。依据我国《刑法》第23条的规定,不能犯是指不能利用方法、工具或者不能对对象、法益完成相应的既遂犯罪,但具有法益侵害危险的行为;而并非指不能去实施犯罪,不构成犯罪的不能犯行为。因此,不能犯未遂仅处罚相对不能犯。相对不能犯的“危险”判断应当采取“步骤法”的判断方法,“行为本身(内在)的抽象危险”作为初步考察方法,以“行为时、一般社会经验的原则性以及特定专业领域的例外性”为判断标准;“法益侵害(外在)的具体危险”作为后续判断步骤,以“现实性、紧迫性和非直接性”为判断标准。

【关键词】相对不能犯;绝对不能犯;危险判断;两分法;步骤法

【作者简介】熊波,法学博士,华东政法大学刑事法学院副教授,华东政法大学A类经天学者(上海200042)。

【原文出处】《学术界》(合肥),2024.4.76~88

【基金项目】本文系国家社会科学基金青年项目“数据安全的刑法区分性保护研究”(22CFX015)的阶段性成果。

一、问题的澄清与概括

对于不能犯的性质认定和判断方法问题,实务界的判例通解和学术界的主流观点存在着显著差异。通过对司法实务和学术理论的双向考察,可以发现,实务界在肯定不能犯的概念基础上,对不能犯的处罚存在着显著的扩张趋势。^[1]而学术界普遍否定不能犯的概念,认为不能犯就是不能(无法)去实施犯罪,既然不能实施犯罪,就没有必要探讨不能犯的处罚问题,而只需要探讨不能犯和未遂犯的界限问题。^[2]在面对司法实务界的不能犯普遍处罚的基础背景下,学术界对这一司法

现象展开了深入批判,主要形成了“具体危险说”和“客观危险说”两种典型观点,也分别代表着“行为无价值论”和“结果无价值论”两大阵营。^[3]但时至今日,不能犯的处罚仍是刑法学界的疑难问题,国内外学界均未能达成绝对共识。^[4]

对于当前学界所争论的某种行为究竟属于不能犯(绝对不能犯)还是未遂犯,其实无非就是刑法“危险”判断与否的问题。未遂犯的处罚依据在于刑法法益或者特定社会关系受到侵害威胁或危险,这一点在我国刑法学界的通说观点和主流观点中均是被认可的。^[5]因此,“当前,我国刑法学界

关于不能犯问题的研究主要是围绕着是否存在危险以及危险的认定标准”,^[6]如现有学者所持有的“抽象危险说”“具体危险说”“客观危险说”三种观点,均是对刑法“危险”的一种判断学说。由此观之,不能犯能否被视为一种未遂犯(相对不能犯),关键在于对象、客体或者手段的不能是否造成了现实的法益侵害危险。因此,主流观点一味地排斥不能犯,是仅局限于“不能犯就是不能(无法)去实施犯罪”的定义范畴下的探讨。暂且不论该种定义是否表达了真正的字面意思,此外,其还忽视了不能犯虽然无法实施完成犯罪,但却是能够造成法益侵害危险的行为。

究其原委,主要在于此类学者借鉴了日本刑法判例及通说所认为的,“如果某一行为属于不能犯,那么,就不能以未遂加以处罚”。^[7]但问题关键在于:日本刑法学界之所以将未遂犯与不能犯区分看待,主要是《日本刑法典》第43、44条对未遂犯处罚采取了明文规范的限定。该两款规定:“已经着手实行犯罪而未遂的……。处罚未遂的情形,由各本条规定。”而《德国刑法典》第23条第3项规定:“行为人由于对行为对象和手段的认识错误,其行为根本不能实行终了的,法院可免除其刑罚,或酌情减轻其刑罚。”由此可见,相较于日本刑法,德国刑法赋予了不能犯未遂的刑事可罚性。因此,有学者认为,“不同于德国刑法第23条第3款,日本刑法并未将不能犯作为未遂犯的子项加以对待,而是从根本上排除了不能犯的可罚性,并认为在不能犯的情形下并不存在实行行为的着手。”^[8]

当然,从我国《刑法》第23条第1款的规定来看,我国亦是没有直接如同德国刑法一样,将不能犯作为未遂犯处理。但这也并不意味着我国刑法如同日本刑法一样,直接否定了不能犯的明文规范表达。^[9]因为不能犯中的手段、对象或客体的

“不能”,同时可以包含我国刑法的“着手实行犯罪”以及“犯罪分子意志以外的原因”等要素。继而,应当肯定部分不能犯可以成为未遂犯。所以学界目前应当关注的问题并非“不能犯”概念的真伪性,而是如何准确界定我国司法裁判要旨中的绝对不能犯与相对不能犯的界限问题,以及如何准确看待绝对不能犯、相对不能犯以及能犯未遂三者之间的关系问题。这是构建相对不能犯“危险”判断方法的基础性问题,也是划定危险认定边界的前提性问题。

而对于不能犯“危险”判断方法的路径问题,我国现有理论学说可谓是博采众长。但经笔者对比发现,无论是“纯粹主观说”“抽象危险说”“具体危险说”还是“客观危险说”,均存在着不能犯“危险”判断素材和判断立场两者相互分离以及内部标准单一化判断的共同现象(以下简称“两分法”)。至此,现有理论探讨的目标,仍是在“两分法”判断路径的框架下,努力达至“危险”判断素材和判断立场两者事实的一致性。但其实,无论如何调整,从早先的行为人认识的主观归罪到一般人认识的客观归责,再到科学一般人的认识的过度客观化,以及现如今行为人认识和一般人认识的不协调,到通过置换性、假定性等抽象化事实来替换行为时事实判断素材等诸多学说的核心思想,均反映了不能犯“危险”判断“两分法”的种种弊端。实际上,这也说明了我国司法实务部门为何始终不采取学界观点的根本理由。

因此,当下我们应当明确不能犯“危险”判断方法面临的真正问题是什么。通过上文的简要梳理,笔者认为,其实可概括为三大问题:其一,不能犯的体系定位问题。相对不能犯是否属于未遂犯?如果属于,如何界定并理清相对不能犯、绝对不能犯与能犯未遂的概念和彼此之间的关系?相对不能犯单独作为未遂犯的一种类型,是否有其

必要和规范意义?其二,“两分法”危险判断路径是如何操作的?因其所致具体弊端又体现在哪里?其三,如何重构相对不能犯的“危险”判断路径,其与“两分法”判断方法的进步地方在于何处?本文旨在通过逐一解答上述问题,以期限缩司法实务对不能犯处罚的扩张趋势,促进司法裁判与理论探究的相互衔接。

二、学理考察:“两分法”危险判断的理论模式与缺陷

我国多数学者除了否认不能犯概念的成立之外,还在努力寻求合理限制相对不能犯“危险”判断的具体方法。总体而言,我国学理界对不能犯“危险”判断路径主要有“纯粹主观说”“抽象危险说”“具体危险说”“客观危险说”四种(各学说详情可见表1),并且具体内容均存在共性:危险判断的基本素材和立场是分开进行的,是一种“两分法”的判断方法。以日本刑法学界通说采取的“具体危险说”为例,具体危险说以行为人的认识和(或)一般人的认识可能性为基础判断实行行为的危险性,是站在与相当因果关系说的折中说同样的思考态度上,其能够根据社会观念适当地把握行为的危险性。^[10]由此观之,具体危险说的危险判断素材是“行为人的认识和(或)一般人的认识”,判断立场是“一般人的观念”。并且,判断素材作为基础判断方法,是先于判断立场进行的。其中,判断素材又是以主观认识为基础,因此,按照这一思

路,很容易将主观意志的“危险事实”作为客观事实,并归入一般人或者行为人的判断立场予以不能犯的危险识别,这便极易导致主观归责。同样其他三种学说均是按照“两分法”的方式来判断相对不能犯“危险”。

具体而言,“两分法”的危险判断路径存在三种具体的分离情况:其一,在总体框架层面,存在危险判断素材和判断立场的分离;其二,在判断素材层面,存在着单一(择一)化判断素材的缺陷;其三,在判断立场层面,存在着单一化判断立场的瑕疵。

(一)危险判断素材和判断立场的分离缺陷

危险判断素材是指在对不能犯进行定性时,“危险”认定事实的具体来源和危险事实的类型和内容。诸如,危险判断依据的是主观认识(行为人的认识情况)的危险事实,还是客观认识(一般人的认识情况)的危险事实。而危险判断立场是指,在确认危险事实的来源和类型之后,再看其应该立足何种标准,去判断该种事实具有刑法法益侵害的现实危险和威胁。按照犯罪行为的发展过程,两者本来就是同位一体的两面。与刑法规范涵盖的客观事实不一样,^[12]刑事司法对不能犯的处罚,不是在单纯的客观事实发生之后而进行的法益侵害的危险性评价,而是在客观行为发生时其就具备的法益侵害危险,使得刑法规范能够将其作为评价对象,这是刑事司法仅关注价值事实这一特

表1

不能犯“危险”判断路径

学说类型	学说地位	危险判断素材	危险判断立场
纯粹主观说	无	行为人认识情况	行为人立场
抽象危险说(印象说)	我国和德国的学界通说与裁判通解	行为人认识情况	一般人立场
具体危险说	日本学界通说	一般人认识情况和(或)行为人特别的认识情况 ^[11]	一般人立场
客观危险说	日本判例通解	对行为时的情况进行置换性、假定性的抽象化事实	科学的一般人立场

性所决定的。

1.“两分法”容易导致危险判断立场无法干涉判断素材的瑕疵

表面上看,只有知悉发生了何种危险事实之后,才能确定该种危险事实的性质,因而“两分法”是符合正常的思维逻辑的。但实际上,“两分法”下的判断素材是一种独立性判断方法,能够干预危险的认知立场。因为按照现有的“两分法”危险判断方法,在确定危险判断的基本素材之后,后续经历的一般人立场或者行为人立场的判断,是无法介入危险判断基础素材环节的。^[13]虽然按照具体危险说和抽象危险说,一开始以行为人的行为时认识作为基本素材,是符合危险判断标准的,但判断素材并非绝对的危险认定标准,其后还需要按照一般人的立场再次进行判断。而此时一般人的立场是在行为人行为时认识基础上进行的判断,而无法再次介入行为人认识素材,对其准确性与否进行评定。如此一来,将危险判断素材和判断立场相互分离,容易导致一旦危险判断素材出现瑕疵,一般人的立场就容易放纵此类瑕疵,进而出现扩张不能犯的处罚范围之弊端。而虽然客观危险说采取的“科学的一般人立场”,考虑到了“两分法”中判断素材的独立性所导致危险判断立场无法介入危险判断素材的瑕疵,采取了科学因果法则的判断方法。但囿于“两分法”将两者彼此之间独立化了,客观危险说的科学因果法则,也只能是完全的事后判断。而忽略具体客观事实进行时的行为时判断,继而会出现不能犯均不成立犯罪的情况,^[14]这亦是违背犯罪未遂立法精神的。

2.“两分法”纯粹的主观认识判断容易导致主观归罪

因为“两分法”将危险的判断素材进行了绝对独立化,而危险判断的基本素材要么是以行为人的特殊认识情况为基础,要么是以一般人的认识

情况为基础,^[15]纵使是客观危险说中行为时情况的置换性、抽象性、假定性事实,亦是以“社会一般人的经验、知识”为标准进行的。^[16]因此,在各学说中,归根结底,危险判断的基本素材还是来源于“一般人的认识或行为人的认识”这种双重主观认识。如此一来,在行为人的认识或一般人的认识本身就存在某种程度上的不对称的现实处境下,选择任一认识情况,均是主观认识主导的危险事实。纵使两者达成一致时,也极有可能出现同是瑕疵事实的情况。诸如,行为人甲误听信他人传言,仇人乙是输液药物过敏体质患者,而特意给乙注射过敏药物盐水(过敏药物输液案)。从行为人的特殊认识情况来看,由于输入的过敏药物盐水含量不足的行为,应当属于一种不能犯危险事实行为。而在一般人看来,按照一般的社会经验知识,如果乙确属过敏体质的特殊病人,那甲的行为肯定也属于不能犯的危险事实行为。此时,按照“两分法”的判断方法,无论是站在一般人立场还是行为人立场判断此种行为的危险事实,均容易导致主观事实主导的归罪现象。

(二)分离下的单一(择一)化判断素材的不足

在四种学说之中,危险判断素材的体系内部同样存在着“两分法”,纯粹主观说和抽象危险说(印象说)^[17]均奉行的是“行为人认识情况”单一化的判断素材,其脱离了一般人认识的情况;具体危险说奉行的是“行为人认识情况”或“一般人认识情况”择一化主观认识的判断素材。^[18]其间,两者有时会产生矛盾冲突,导致无法准确界定判断立场所依据的基础素材;客观危险说奉行的是“置换性、抽象性、假定性的一般人认识”,其脱离了客观行为时的情况。但其实,按照主客观相一致或者责任主义原则,最完美的危险判断素材的状态,是确立一个既契合行为人特殊认识情况,又符合一般人认识情况的行为时事实标准。因为按照刑法

的一般观点,刑法规范既是裁判规范,又是行为规范。^[19]这就意味着“两分法”的单一化或者择一化的判断素材,要么无法发挥国民行为的指导功能,要么无法发挥危害行为的制裁功能。具言之:

1. 单一化事实情况作为危险的判断素材的困境

纯粹主观说和抽象危险说采取单一化的“行为人认识事实”作为刑法“危险”的判断素材,容易导致一切主观危险均属不能犯未遂的事实来源。在纯粹主观说下,无知犯和迷信犯由于具有主观危险意志,而这一主观危险认识,容易诱导行为人为人想尽各种可能方法,促进主观危险意志的现实化,此时,该种主观危险意志属于不能犯的刑法“危险”。诸如,行为人误认为香灰能致人死亡、误认为砂糖能致人死亡,而让对方饮用的,也构成相对不能犯。在抽象危险说下,行为人的认识内容同样具有危险性的情况下,不管其是否能够实现,但起码在该学说看来,其主观是危险的,同样意味着行为人会尝试各种方式实现自己的杀人目的,这表征出其人身危险性较大,从而认定行为人的主观认识属于不能犯的刑法“危险”。诸如,行为人误认为白糖是砒霜而泡茶让仇人饮用,不同于纯粹主观说的是,此时,假使行为人的主观认识客观化,便容易促成行为事实的既遂(白糖杀人案)。因为“让人食用砒霜”,在一般人看来是行为的危险,^[20]因而构成故意杀人罪的相对不能犯。但由于该主观危险在行为时的客观环境下,不可能转化为法益侵害的危险事实,因而,其显然是将主观意志的危险内容取代了客观事实。

客观危险说同样是在“两分法”的危险判断构造下,将单一化的“客观事实”作为刑法“危险”的判断素材。客观危险说完全不同于纯粹主观说和抽象危险说,其将判断素材进行了性质上的变更,将主观事实改为了客观事实。但为了消除“两分

法”事实认识的瑕疵,所导致判断素材对判断立场的独立性判断的不利影响,该“客观事实”并非真正的行为时的客观事实,而是“对客观事实进行一定程度的抽象化事实”。我国学者张明楷教授认为应当贯彻客观的未遂论,对于客观行为的危险首先“应以行为时存在的所有客观事实为基础”。^[21]无独有偶,日本学者西田典之教授则是以“盖然性事实”这种抽象化事实,来排除绝对不能犯的成立。^[22]虽然客观危险说的危险判断素材,能够完全祛除主观意志的肆意性危险所致的人权侵蚀,但由于该学说对于事实抽象化手段的具体程度和标准是不甚明确的,^[23]因而,在某种程度上,抽象化危险事实的认定作用反而会南辕北辙,不利于被告人的权利保障。

与之相反,日本学者山口厚同样是以“假定性事实”这种抽象化事实,来替换行为时的客观事实,^[24]但该学者还同时提出了抽象化手段的标准。“这一判断的标准其实就是:由于不能进行客观的判断,但一般人在事后会不会认为‘有可能会发生’(一般人的事后的危险感)。客观上虽然没有发生结果,但也仅仅是碰巧如此而已,可以认为发生结果是完全可能的场合,就能肯定存在具体的危险。”^[25]但实际上,该论者确立的标准不仅将有利于行为人的“碰巧未发生的客观事实”完全排除于刑事责任的认定之中,而且也将“一般人的主观危机感”的事实带入了客观危险的客观事实判断素材之中,^[26]这显然无形之中就将客观危险说中具有客观属性的事实,偷换为主观认识的危险性事实,将客观危险说变相沦为了一种纯粹主观认识的学说。

2. 择一化认识情况作为危险的判断素材的缺陷

具体危险说采取的是“行为人认识情况”和“一般人认识情况”择一化主观的认识作为判断素

材。对于两者的关系,按照日本学界通说对构成要件行为的理解,只有行为人的特别认识与一般人的认识相契合的时候,行为人实施的行为才属于构成要件性行为,才具有构成要件的现实危险性,因而属于犯罪未遂(不能犯)。但当学者面对两种认识存在冲突,择一化如何进行选择的问题质疑时,^[27]支持具体危险说的学者认为,当行为人的特殊认识与一般人的认识相冲突时,应当以一般人认识的情况作为判断素材。“例如,行为人认为尸体是活人而用刀刺了它,行为人以外的一般人也会认为该尸体是活人时,就是杀人罪的未遂,但是,一般人认为明显是尸体时,就是不能犯。”^[28]

由此观之,当两者不协调时,起着主导性地位的判断素材是“一般人认识”。那么如此一来,第一,具体危险说中“行为人特别的认识情况”这一基本素材,就不再具备独立的价值了。“两分法”的判断素材是一种纯粹形式上的“两分”,而并不具备实质意义。第二,危险判断标准中的“一般人的立场”也不存在任何作用,因为一般人的认识情况,肯定是从一般人立场上出发的,就无须再附加“一般人的立场”这一危险判断标准。因而,按照日本刑法通说,具体危险说较抽象危险说的唯一不同之处就在于:危险判断的基础素材不同,前者是以“一般人的认识情况”为标准,是一种事后主观判断;而后者以“行为人认识的情况”为标准,是一种事时的主观判断。这同样存在纯粹主观说和抽象危险说的主观归罪之嫌,其中详情笔者不再赘述。

(三)分离下的单一化判断立场的瑕疵

正如前文所述,一般人立场或行为人立场是在危险判断素材的独立性判断方法基础上展开的,因此,后续的危险判断立场无法干涉判断素材的瑕疵。除此之外,将一般人立场与行为人立场予以分离的立场,导致判断立场本身就属于单一化的判断立场,这也具有瑕疵性。

1. 坚持单一化的行为人或一般人立场的纰漏

由于犯罪行为是在行为人的主观意志支配下展开的现实活动,因此纯粹主观说就站在行为人立场来看待行为人的认识情况。行为人立场表明对危险素材的立场判断应当完全沉浸于自我的主观认识世界。如此一来,在不接受一般人立场的判断影响下,单一化的行为人立场判断得出的结论,极易与刑法规范评价的犯罪行为和公民一般经验认知下的危害行为相脱节,将行为人主观臆想的犯罪可能,作为刑法评价的对象进行处罚,这与单一化的行为人认识情况作为判断素材所导致的主观归罪无异。

而重点需要论述的是,一般人立场本身所具有的瑕疵和弊端,其与前文所述一般人认识情况的判断素材所具有的缺陷存在着显著差异。

其一,过于关注行为固有属性所涵摄的危险。当然,笔者并非否认行为本身存在危险的重要性,因为刑法评价的犯罪行为,首要前提就是某一行为本身应当存在侵害法益“危险”的可能性,而是说其行为本身固有属性的危险,并非行为构成不能犯相对应罪名所包含的危险。例如,针对持有空弹枪支的行为,对公共安全和枪支管理秩序法益造成的现实侵害危险,我国《刑法》第128条专门设置了非法持有枪支罪,单独对持有枪支行为进行了可罚性评价。但站在一般人立场上,一般人并不会过多考虑持有空弹枪支和持有实弹枪支的危险在刑事法规范上的评价区分,而且在短时间内,也不可能准确区分行为人持有的是空弹枪支还是实弹枪支。^[29]因而,一般人立场也只能依靠第一感知,认为该行为一般性地具有持有实弹枪支行为的外在形态危险。但如此一来,仅站在一般人立场上看,将持有空弹枪支的行为危险等同于持有实弹枪支行为对公民生命、健康的法益侵害危险,明显是将行为本身所具有的抽象

化、概括化的危险,视为了不能犯相对应罪名所规制的具体危险。

对此,持有抽象危险说的学者才会认为,在人口稀少地区,行为人误用射程仅500米的枪支向1000米外的仇人射杀的,因为一般人都承认射程外的仇人是行为人射杀的犯罪对象,生命权为犯罪客体,此时,行为作用范围达不到的事实仅为意志以外的因素,所以构成犯罪未遂(持枪射杀案)。^[30]显然按照“两分法”的判断方法,单独按照一般人立场,即使行为不可能产生危害,但该种行为亦是刑法“危险”的犯罪行为。

其二,过于注重公民内心的抽象危机感。有学者认为,之所以最后单独立足于一般人立场评价危险事实,主要考虑到刑法不仅关注法益保护,还需要关切“公众的危险感受和处罚呼吁”,^[31]这是刑法对一般人所能感受到的危险的直接性评价。^[32]但笔者同样认为,否定单一化的一般人立场对公民危机感的直接性评价,并不代表笔者认为公民内心的危机感不重要,而是表明刑法并不直接保护社会公众的安全感,仅通过保护国家、集体、个人所拥有的具体法益,来确保社会公众对安全感的获得。因此,不能犯的刑事可罚性评价是保护正在遭受侵害危险的具体法益,而并非抽象化的心理感知。握紧拳头扬言打杀对方所造成的恐惧感,远比偷钱行为所产生的公民危机感更大。但显而易见的是,我们不能仅凭行为人扬言杀人的语句,就断定他人属于故意杀人罪的不能犯未遂,因为行为人完全有可能是在吓唬对方。英美刑法理论所持的客观危害理论,同是认为未遂成立难以在“公共恐慌”中获得可客观度量的刑法“危险”。^[33]

其三,容易忽视现实案件中的特殊情况。在具体危险说中,单一化的一般人立场容易忽视专业化的特殊技术危害或者受害人的特殊体质等案

件情况。诸如,行为人误以为向对方静脉注射超过40毫升的空气,就极易直接导致对方的死亡,但其实是超过100毫升才具有可能。再如,行为人误认为对方是心脏病病人经不起恐吓,而在夜晚特意假扮“鬼魂”潜入对方家中,但实际上对方并非心脏病病人。从一般人立场事后来看上述两种行为,均有导致他人死亡的危险,因而构成相对不能犯(未遂)。但实际上,就客观事实来讲,“注射空气案”和“恐吓案”根本就不具有致人死亡后果的危险,因而两者均不构成犯罪,属于无罪的绝对不能犯。

但有学者认为:“用针往被害人的静脉血管注射空气的,虽然在空气致死量之下,但考虑被害人体质、气候等各种因素,不能说完全没有导致被害人死亡的可能性,这是医学上或者经验知识上都可以判断的,所以成立未遂。”^[34]但是假使上述观点正确,推断得出一般社会人的立场判断包含特殊体质和环境下的行为危险性标准的结论,按照该观点的理解,即使通常情况下一般人无法具体清楚知道对方的特殊体质,行为人对有特殊体质的人嬉闹地推搡导致对方死亡,以及在晚上讲恐怖故事给有心脏病的人听导致的死亡,也均会被评价为相对不能犯的“危险”,这显然不合理。

2. 坚持单一化的科学一般人立场的弊端

客观危险说采取单一化的科学一般人作为不能犯“危险”的判断立场,是利用科学的因果法则来对客观事实进行判断的。虽然,科学一般人的立场科学地遵照了客观事实的发生规律,能够杜绝一切主观意志危险对被告人权利侵蚀现象的发生。但是,该判断立场仍是弊大于利。具言之:

其一,过于注重结果未发生的表层现象,容易忽视行为对具体法益侵害的危险。科学一般人的判断立场遵照科学因果法则进行判断,那么,只要该行为对行为人主观意志内所针对的具体对象,在意志以外的因素影响下,不可能发生具体法益

侵害的危险,那么该行为的对象不能就属于绝对不能犯。但如此一来,所有的相对不能犯都属于绝对不能犯,不构成犯罪。^[35]换言之,科学的一般人立场实质上就是利用科学的因果法则,对行为事实进行事后的否定性价值判断。例如,对因枪口偏差而导致未能命中具体杀害对象的场合,对“枪口偏差”进行事后的科学判断的话,子弹无论如何都不会射击到行为人所针对的具体对象。按照科学一般人立场,行为人属于绝对不能犯。但其实该种判断立场,就忽视了枪口偏差对其他第三人生命权法益的侵害风险。此外,科学一般人的立场判断还容易将服用毒药后,他人救助的能犯未遂情况,视为绝对不能犯行为。诸如,在对方服用毒药后,他人及时给其服用解药而获救的情形,按照科学一般人立场的事后判断,给他人服用毒药的行为也绝对不可能存在法益侵害危险,但这其实就未能犯未遂与不能犯未遂相混淆了。

其二,“科学因果法则”的判断方式并不科学。主要是科学一般人所判定的危险事实类型错误,极有可能仅将偶然事实视为危险事实未发生的依据。偶然性事实未发生,被科学一般人作为为了无罪的理由,但其只是将指向特定客观事实作为基本判断材料,而并非规范的抽象事实材料。规范事实材料指代的是法益类型,而特定客观事实指代具体对象。刑法规范保护的并不是具体对象物,而是对象物体现的具体法益类型,如生命权、财产权等具体法益。因此,按照单一化的科学一般人立场理解,诸如,公交车上的行为人误以为受害者空左口袋有大量钱财而伸手偷窃的情形,也会被视为具有不能犯危险事实,虽然行为人伸向的左口袋里面没钱,但面临紧迫性、现实性危险的是财产所有权法益,而并非仅是左口袋的财产所有权。换言之,一般而言,行为人犯罪行为所指向的左口袋如果没钱的话,小偷并不会就此放

手,而是会寻求右口袋的钱。因此,客观的科学因果法则有时也会忽视偷窃行为本身所具有的内在抽象危险。

其三,科学因果法则的具体操作方式并不明确。目前学界对于科学的一般人立场所使用的“科学因果法则”这一具体概念和操作并未明确,日本学者前田雅英认为科学、合理的判断是“有关合理的(科学的)结果发生概率的判断”。^[36]但“概率”判断本身就是一种高度抽象化的可能性判断,概率到底是多少才算高概率,也是不明确的。如果将科学一般人立场的模糊性判断,加入“置换性、假定性、盖然性”的抽象化事实当中,认定客观行为时的危险,无疑是加剧了标准的模糊性。因为模糊的科学因果法则的判断方法,恰好为事实的抽象化程度无限扩大提供了便捷。^[37]

综上,我们可以发现,如果学术界不改变“两分法”分离的判断路径,始终在“两分法”的判断框架下,局限于在各学说内部,分别对“危险”的判断素材和判断立场进行“修修补补”,那么上述问题仍会变相性重蹈覆辙。

三、路径重塑:“步骤法”危险判断的理论构造与展开

要想实现司法裁判与理论探究的相互衔接,必须要在司法实务对不能犯和未遂犯的基本分类立场上,对司法实务的处罚扩张予以限缩。因而,相对不能犯“危险”判断的方法构建,其实就是在塑造绝对不能犯和未遂犯的区分标准。判断路径的重构,必须摒弃现有学说通用的“两分法”判断框架,依据法益保护原则和责任主义原则进行。笔者认为,对于相对不能犯“危险”的判断应当采取“步骤法”的判断方式,“步骤法”紧密关注刑事司法的处罚对象,即每一步均要求行为的危险属于法益侵害危险,并排斥主观臆想或者过度抽象的“客观事实”作为每个步骤推进的依据素材。而

“步骤法”的具体展开均有赖于理论界如何界定“绝对不能犯、相对不能犯和能犯未遂”三者的概念和关系。在前述概念界定的关系和范围之内,再去构建“步骤法”的具体内容才更具方向性。

(一)“危险”界定:相对不能犯的概念澄清与体系定位

在日本刑法学界多数学者均认为不能犯不属于犯罪,不具有刑事可罚性。^[38]受此影响,我国有学者认为,不能犯就是不能进行犯罪,继而不构成犯罪。既然不能犯不构成犯罪,就不存在所谓的不能犯未遂的问题了。^[39]但实际上,不能犯并非指不能去实施犯罪,而是指不能利用方法、工具或者不能对对象、法益完成相应的既遂犯罪,但具有法益侵害危险的行为。^[40]因此,不能犯本就存在着绝对不能犯和相对不能犯两种类型,其中,绝对不能犯才真正属于不能去实施犯罪的无罪。^[41]而司法实务和通说观点所采纳的“绝对不能犯”“相对不能犯”的概念,存在着绝对不能和相对不能无法明确区分的重大缺陷。^[42]为了防止不能犯均被视为未遂犯,因而,此类学者才将不能犯排除在未遂犯之外。由此可见,明确不能犯中的“绝对和相对”之界限,是相对不能犯“危险”可罚性存在的前提。

其实,上述问题的主要根源在于司法实务界借用的是我国刑法的通说观点,而通说观点存在绝对不能犯与相对不能犯的界限标记缺失的现象,导致绝对不能犯的范围过于狭窄,而相对不能犯的范围过于宽泛。除此之外,通说观点所界定的能犯未遂与不能犯未遂的概念,还存在着重复交叉区域,致使能犯未遂与不能犯未遂划分意义并不明显。^[43]详言之,该观点认为,“犯罪未遂类型中的能犯未遂与不能犯未遂,是以行为实际上能否达到犯罪既遂为标准而对犯罪未遂所作的划分。所谓能犯未遂(又称未遂犯),是指犯罪行为有

实际可能达到既遂,但由于行为人意志以外的原因未能达到既遂的情况;所谓不能犯未遂(又称不能犯),是指因犯罪人对有关犯罪事实认识错误而使犯罪行为不可能达到既遂的情形。”^[44]

笔者认为,虽然通说认识到了划分能犯未遂和不能犯未遂的重要性,但是其存在如下问题:第一,概念之间的界定存在交叉重合。依据我国《刑法》第23条的具体表述,“意志以外的原因”是相对于行为人主体而言的,传统观点谈及的“犯罪事实认识错误”,相对的主体同样是行为人,因此后者实际上也属于意志以外的原因,要不然与《刑法》第23条第1款不相符合。传统观点将“意志以外的原因”和“犯罪事实认识错误”对立,作为区分能犯未遂和不能犯未遂的合理性根基欠缺。第二,不能犯未遂也是“实际可能达到既遂”,否则便不能成为未遂犯的一种类型,具备刑事可罚性。第三,将不能犯中的绝对不能犯类型也视为了未遂犯,通说观点直接规避了绝对不能犯和相对不能犯的概念区分,导致司法实务界误将部分绝对不能犯直接视为相对不能犯。如错把白糖当砒霜给对方食用的行为;再如前文所述的“持枪射杀案”等对象不能的行为。而将绝对不能犯的行为,仅局限在了反科学、超自然的基础上的不能手段。

为了明晰绝对不能犯、相对不能犯和能犯未遂之间的关系,绝对不能犯应当是指不能的行为根本不可能产生任何法益侵害危险。诸如迷信犯、日常生活行为(怂恿他人去雷雨天跑步)、客体不能犯、主体不能犯(身份犯)等。相对不能犯是指与行为人实施计划相关联因素的不能,导致未遂的方法不能犯、对象不能的行为出现。诸如,虽然行为人在规划实施枪杀行为时,就已经预想到行为时会起大风而导致射击出现偏差,但急于心切仍要实施的,此时,“方法不能”早就在行为计划之中。能犯未遂是指与行为人实施计划无关的因素

导致未遂情况产生。如在他人家中偷窃时突然来人、枪杀他人过程中突刮大风。因此,能犯未遂通常是在按照行为计划实施过程中,突发的意志以外的原因导致的方法、手段无法继续实施的情况(三者关系可见图1)。

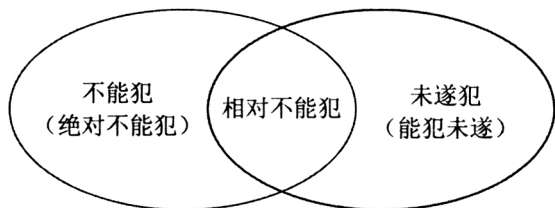


图1 能犯未遂与不能犯未遂之间的关系

而之所以如此区分绝对不能犯和相对不能犯,原因在于我国《刑法》第23条第1款规定中的“犯罪分子意志以外的原因”,不仅是指犯罪过程中的计划以外的突发情况,还包含了与计划有关的意志以外的对象不能、工具不能、方法不能等原因,且已经着手实施具有法益侵害危险的行为。而该条第2款中的“对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”,显然是为了区分“能犯未遂”和“不能犯未遂”的法益侵害危险程度而设置的量刑差异。因为相较于能犯未遂,不能犯未遂中的与行为人实施计划相关联因素的“意志以外的原因”,通常并不会促成既遂的发生。而能犯未遂,发生与计划因素无关的偶然性因素的概率较不能犯未遂更低。相应地,法益侵害危险的程度自然存在差异,而这一差异也体现在了量刑规范的幅度设置上。因此,按照上述定义去区分绝对不能犯、相对不能犯(不能犯未遂)和能犯未遂是较为科学的。

(二)第一步:行为本身(内在)的抽象危险判断及其标准

有观点认为,“不能犯(绝对不能犯——笔者注)‘没有实际的危险’是‘先在’的,未遂犯‘没有实际的危险’是‘后在’的。”^[45]但该观点所认为的

“先在危险”标准,其实就等同于《刑法》第23条第1款的“着手”标准,这是刑法规范本来就明确了的。笔者认为,其实将“先在危险”直接明确为“行为本身(内在)的抽象危险”还更为直观明了。而这一抽象危险,便是相对不能犯“危险”判断的“步骤法”的初步考察。首先第一步应当直接确定行为本身是否具有内在的抽象法益侵害危险。诸如,一般而言,行为人在吵架过程中,直接用刀指向对方,那么可以肯定的是刀就具有伤害、杀害对方的危险属性。因此,用刀指向对方的行为就具有行为对“生命权、健康权”等法益侵害的内在危险。因此,刀所具有的杀伤力属性就符合了刑法“危险”的初步考察标准。但如果用白糖误作砒霜泡茶给仇人饮用的行为,从行为事实发生的客观事实层面来看,用白糖泡茶的行为无论在何种情况下,都不具备内在的危险性。因为无论是从专业性角度还是一般人角度来看白糖不可能毒死人。因而,“用白糖泡茶的行为”首先就不符合“步骤法”判断的初步考察,从而,在第一步就防止了主观臆造的行为危险事实进入后续的判断方法之中。

如果按照“两分法”的危险判断素材和判断立场分离,或者单一化判断素材和立场角度要求,虽然是主观臆想的行为危险,但其仍属于行为人认识的或者一般人认识的判断素材的客观危险,或者在砒霜被放置于白糖旁边的情况下,属于置换性的行为危险,^[46]那么这种主观臆想的瑕疵就不可能会被及时剔除掉。由此可见,在“两分法”中,一般人或者行为人的主观认识事实虽不属于刑法“危险”,但是仍可以进入后续判断的立场之中。而“步骤法”判断方法的第一步,就直接关注刑事可罚性的核心要件——行为,^[47]将“行为本身(内在)的抽象危险”这一司法实务关注的否定性价值事实作为判断基础,能够恰如其分地防止主观归

罪的现象出现。而这一判断思路也是德日刑事裁判所认可的:首先要求不能犯行为在性质上就具有抽象危险发生的可能性。^[48]

对于行为本身抽象危险的判断标准确立,笔者认为应当按照“行为时、一般社会经验的原则性以及特定专业领域的例外性”的标准进行判断。其一,“行为时”表明相对不能犯“危险”关注的仅是行为时的客观事实,而不允许出现“两分法”中一般人立场的事后判断或者科学一般人立场的超事前判断。德国学者希尔斯教授认为,“未遂的开始应当客观的确定,但是需要以个人的行为计划为基础。”^[49]其中,“客观的确定”以及“个人的行为计划”表明的就是行为危险判断的事实性。其二,一般社会经验的原则性旨在强调抽象危险事实应当首先从一般性日常生活经验或社会经验中得出。诸如,“白糖杀人案”中行为人使用假砒霜“白糖”的客观事实不具有危害属性,再或者是现实生活场景中持有菜刀指向他人的菜刀具有杀伤力危害等情形判断,均按照一般性日常生活经验或社会经验即可得出。其三,特定专业领域的例外性表明掺杂特定专业技术知识的行为,在一般人看来无法精准判断行为的抽象危害与否。诸如,向静脉血管注射空气,“超过100毫升”才具有致人死亡的危险的事实标准,就涉及专业技术知识的判断,一般人肯定无法判断注射空气是否存在危险。因此,在特殊情况下,应当以特定专业领域的知识进行判断。

(三)第二步:法益侵害(外在)的具体危险判断及其标准

在完成“行为本身(内在)的抽象危险”判断之后,还不可直接认为不能犯行为具有法益侵害的具体危险性。诸如,虽然不涉及特殊专业领域知识的持有空弹枪支的行为,在一般人的社会经验角度来看,具有行为本身内在的抽象危险。但是,

在深夜的巷道里面,由于持有空弹枪的行为即使在行为人着手时,瞄准对方身体的关键部分,也不会产生任何外在侵害生命权、健康权等具体法益的危险。由此可见,法益侵害(外在)的具体危险判断应当被视为“步骤法”判断方法的第二步,这也是至关重要的一步。因为刑法规范最终保护的就是具体法益,而不涉及抽象的国民情感。

有学者将“步骤法”中的具体危险和抽象危险对立起来进行理解,认为“未遂犯中的危险究竟是指‘作为行为属性的危险’抑或‘作为结果的危险’,理论上存在着鲜明的对立。这种对立是违法论中的行为无价值论与结果无价值论的对立在未遂犯的处罚根据上的具体反映”。^[50]但笔者认为,当前不能犯危险判断的主流学说“具体危险说”和“抽象危险说”,正是将抽象危险和具体危险两者进行了对立,最终只能采取“两分法”的判断路径进行危险判断,从而忽视了“行为属性的危险”应当作为“行为结果危险”的前提。质言之,如果行为在性质上根本就不具有刑法“危险”的可能,那肯定行为结果的危险也就相应地不具备了。相反,如果将两者对立,很有可能将不具有危险属性的主观想法或者客观行为,视为了刑法“危险”的判断素材。

而对于“法益侵害(外在)的具体危险”的判断标准,笔者认为应当以危险的“现实性、紧迫性和非直接性”作为第二步骤中的判断标准。具言之:其一,“现实性”不同于第一步中的“行为时”,前者意在强调行为发生的具体场合或者具体环境,而排除脱离具体场合的置换性、假定性等抽象化事实。而后者旨在强调行为时的客观事实,其与主观事实相对应。其二,“紧迫性”表明不应当将隔时、隔地的延续性风险,视为不能犯造就的刑法“危险”。诸如,行为人对着卧室空无一人的空床开枪,但此时,对方已在昨日就去外地出差,需要2

天后才能回来。此时,行为对具体法益侵害的“紧迫性”危险,就不能涵盖2天后对方躺在床上可能被枪杀的危险。其三,“非直接性”并不要求行为直接对象的法益危险,仅要求行为指向法益的明确性即可。因此,其也可包括行为对其他第三人的现实性、紧迫性的法益侵害危险。诸如,同样是持枪对空床射击,但卧室并非空无一人,在临近床铺还有对方室友的情况下,对方室友的生命权同样受到了威胁。此时,该行为也可视为相对不能犯的“危险”。对此,意大利学者帕多瓦尼亦是认为,刑法对犯罪未遂的“行为指向明确性”的要求,并非局限于行为对象的明确性,而是已实施行为能够表征意图实施的犯罪,如举枪射击、瞄准是一种明确性行为,肯定会对受害者的生命健康法益造成威胁,但这一法益威胁并不局限于计划目的内的特定受害者。^[51]因此,行为指向的明确性可以概括为具体法益的行为指向明确性。

综上,按照本文持有的相对不能犯“危险”判断的“步骤法”(见图2),学理考察中的部分相关案例,应当均属于绝对不能犯而不构成犯罪。其中,“过敏药物输液案”“白糖杀人案”,首先在第一步就不符合“行为本身(内在)的抽象危险”,因而,无须进入后续的具体危险的判断步骤之中。而“刺杀尸体案”“持枪射杀案”,虽然刺杀行为和持枪射杀行为本身符合“步骤法”中具有行为外在的抽象危险的初步考察,但其并不具备第二步的“法益侵

害(外在)的具体危险”的判断标准,同样不属于相对不能犯,属于道德谴责或者其他个罪的实害行为。

四、方法对比:“步骤法”较“两分法”的进步之处

将“步骤法”与当前学说通用的“两分法”判断路径相比,可以发现“步骤法”的判断方法存在以下四点研究意义:其一,“步骤法”坚持责任主义和法益保护原则,紧密切合刑事司法关注的否定性价值事实判断,能够防止“两分法”将主观臆想的危险事实带入刑事司法之中,也能防止具有客观危险可能的行为被科学因果法则排除在刑事司法之外。其二,“步骤法”无形之中将“两分法”中的判断素材和判断立场,在每一步的刑法“危险”判断之中都融合起来。该方法能够有效杜绝两者的分离,防止单一化标准判断的瑕疵影响客观行为的危险事实判断。其三,“步骤法”符合刑法规范的基本要求。我国《刑法》第23条并未如同《日本刑法典》第43、44条一样,明确排除不能犯的刑事可罚性。“步骤法”关注到了能犯未遂和不能犯未遂在刑法“危险”上的程度差异,对“危险”类型上进行了区分,符合《刑法》第23条对不能犯未遂的刑事可罚性的立法要求。其四,“步骤法”相较于“两分法”更有利于刑事司法的操作。“步骤法”在承认绝对不能犯、相对不能犯以及能犯未遂的基础上,更加明确了三者之间的概念和范围,并且提

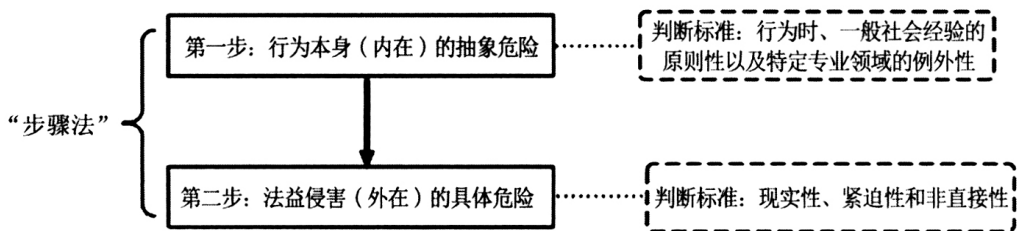


图2 “步骤法”危险判断路径的展开

出较为科学合理的危险判断标准。其既能紧密契合我国司法实务的基本趋势,又能抑制当前司法实务对不能犯处罚的扩张趋势。

参考文献:

- [1]最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭:《中国刑事审判指导案例(第1卷)》,北京:法律出版社,2017年,第74-75页;人民法院出版社编:《最高人民法院司法观点集成(刑事卷)》,北京:人民法院出版社,2017年,第88-89页。
- [2]张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第352页;陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开Ⅱ》,北京:中国人民大学出版社,2015年,第327页。
- [3]持有具体危险说的学者以周光权教授为代表,而持有客观危险说的学者以张明楷、黎宏教授为代表。参见周光权:《刑法总论》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第294-295页;张明楷:《刑法的基本立场》,北京:商务印书馆,2019年,第340页;黎宏:《刑法学总论》,北京:法律出版社,2016年,第243页。
- [4][33]马乐:《英美不能犯理论的演进、逻辑与启示》,《清华法学》2019年第1期。
- [5]高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016年,第154页;张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第339页。
- [6][46]何龙:《论不能犯的不可罚性》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第4期。
- [7][日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,北京:中国人民大学出版社,2013年,第182页。
- [8]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。
- [9]因为日本刑法要求个罪对未遂犯的直接明文规定,因而不能犯的概念在日本学界根本无立足之地。如《日本刑法典》第243条就明文规定了盗窃和强盗罪的未遂罪。相同的还有第77条内乱罪的未遂罪、第87条外患罪的未遂罪、第102条脱逃罪的未遂罪、第112条放火罪的未遂罪等。
- [10][日]大塚仁:《刑法概说(总说)》,冯军译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第230-231页;参见[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,北京:法律出版社,2001年,第348页。
- [11]我国学者周光权教授将两者的关系用“或”来连接,更为直观地表达出了日本学界通说采取的择一化判断素材方法。参见周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,《清华法学》2011年第4期。
- [12]刑法规范上的事实不仅是构成要件的价值事实,还包括纯粹的客观事实。参见张心向:《在规范与事实之间——社会学视域下的刑法运作实践研究》,北京:法律出版社,2008年,第58-59页。后者如我国《刑法》第91条对“公共财产”的界定,就是一种纯粹的客观事实认定。
- [13]对此,即使抽象危险说采取的判断立场为一般人的立场,但由于其无法介入单一化的行为人认识情况,因而日本学者川端博将抽象危险说如同纯粹主观说一样,视为一种“行为人危险”或“主观危险”。参见[日]川端博:《刑法总论》,余振华译,台北:元照出版有限公司,2008年,第301-302页。
- [14][36][日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京:北京大学出版社,2017年,第99页。
- [15]虽然具体危险说是以一般人的认识和行为人的认识作为判断素材,但在通说的具体危险说中,一般人的认识发挥着主导性作用。参见[日]大塚仁:《刑法概说(总说)》,冯军译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第228页。
- [16][日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,北京:中国人民大学出版社,2018年,第289页;[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2007年,第253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。
- [17]“印象说”是德国裁判的通解,其本质上还是属于抽象危险说,也是将行为人的认识情况作为危险判断的素材。参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,北京:中国人民大学出版社,2012年,第143页;张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第355页。
- [18][34]周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,《清华法学》2011年第4期。
- [19]余振华:《刑法总论》,台北:三民书局,2017年,第6-8页。
- [20][日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,北京:中国政法大学出版社,2014年,第256页。
- [21]张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第461页。

[22][35][日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2007年,第253页。

[23]孙杰:《不能犯中的客观危险及其批判——兼论不能犯中危险的含义》,《河北法学》2013年第2期。

[24]持该种观点的还有日本学者松原芳博、佐伯仁志、松宫孝明等。参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,北京:中国政法大学出版社,2014年,第258页;[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第293页;[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,北京:中国人民大学出版社,2013年,第183-184页。

[25][日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,北京:中国人民大学出版社,2018年,第289页。

[26]同样,“置换性事实”的观点亦是在对这一问题的重蹈覆辙。主要在于该观点本质上仍是在遵循“两分法”框架下进行的事实抽象化。参见张梓弦:《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。

[27]张明楷:《刑法的基本立场》,北京:商务印书馆,2019年,第326页。

[28][日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第228页。

[29][37][日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第292、295页。

[30]赵秉志:《论不能犯与不能犯未遂问题》,《北方法学》2008年第1期。

[31]周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,《清华法学》2011年第4期;[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,北京:中国政法大学出版社,2014年,第258页。

[32][韩]吴英根:《刑法总论》,首尔:大明出版社,2002年,第593页。转引自郑军男、王茜:《韩国刑法不能犯之探究——以韩国刑法第27条为核心》,《当代法学》2013年第1期。

[38]典型观点可参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,北京:中国政法大学出版社,2014年,第255页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京:北京大学出版社,2017年,第96页;[日]川端博:《刑法总论》,余振华译,台

北:元照出版有限公司,2008年,第300页。

[39]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;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;何龙:《论不能犯的不可罚性》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第4期。

[40]如果不采取该种定义,会导致出现不能犯不作为犯罪,但名词称谓又含有“犯罪”一词的尴尬境地。

[41]此处的“不能去实施犯罪”指的是不能着手去实施犯罪的无罪。当然,部分行为可能构成侵犯其他法益类型的犯罪或者侵犯此类法益的预备犯罪。

[42]张明楷:《刑法的基本立场》,北京:商务印书馆,2019年,第329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。

[43]对此,有学者才会误认为没有必要区分不能犯未遂与不能犯未遂。参见黄悦:《从危险概念看不能犯的判断》,《现代法学》2015年第4期。

[44]赵秉志:《论不能犯与不能犯未遂问题》,《北方法学》2008年第1期;高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016年,第157-158页。

[45]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。

[47]黄翰义:《刑法总则新论》,台北:元照出版有限公司,2010年,第68页。

[48]最高裁判所昭和25年8月31日判决,《最高裁判所刑事判例集》第4卷第9号,第1593页。转引自[日]大谷实:《日本刑法总论》,黎宏译,北京:中国人民大学出版社,2008年,第344页;[德]克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,北京:中国人民大学出版社,2012年,第147页。

[49]Hirsch, Untaugl. Versuch u. Tatstrafrecht, Roxin- FS, Problem II, S. 251.转引自张志钢:《“未遂犯是危险犯”命题否定论》,《当代法学》2016年第6期。

[50]钱叶六:《未遂犯与不能犯之区分》,《清华法学》2011年第4期。

[51][意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理(注评版)》,陈忠林译评,北京:中国人民大学出版社,2004年,第314页。