

不能犯初论

陈家林 著

祝贺马克昌教授执教五十六周年
暨八十华诞系列文丛

总主编 莫洪宪

01



中国人民公安大学出版社

D914.01
20

祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛

主编 莫洪宪

不能犯初论

陈家林 著

中国人民公安大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

不能犯初论/陈家林著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 9

(祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛)

ISBN 7-81109-180-1

I. 不... II. 陈... III. 犯罪—刑法—法的理论 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 099578 号

不能犯初论

BUNENGFAN CHULUN

陈家林 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 9 月第 1 版

印 次: 2005 年 9 月第 1 次

印 张: 17.5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 285 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81109-180-1/D · 175

定 价: 40.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

总 序

2005年8月12日，是中国著名法学家、武汉大学法学院首任院长马克昌教授80华诞的喜庆之日。此年，也是马克昌教授从事法学教育和研究56周年。本套系列丛书是专为庆贺马克昌教授的80寿辰暨从事法学教育与研究56周年编辑而成的。

在56年的法学教育和法学研究生涯中，马克昌教授见证并亲身经历了中华人民共和国法治建设55年跌宕起伏的历程。1946年，他从河南省西华县考入著名的国立武汉大学法学院，学习法律并投身革命。1950年，他因品学兼优而毕业留校任教。不久，他即被保荐到中国人民大学研究生班，接受全新的学习和教育，同时，师从前苏联刑法学家贝斯特洛娃教授专攻刑法学。1952年，他完成研究生学业，回到武汉开始登台主讲刑法学。但由于众所周知的原因，在我国民主法治建设遭遇严重打击和挫折时，马克昌教授也未能幸免。1958年，马克昌教授受到不公正待遇被下放到农村劳动。1959年下半年，他虽然被宣布“摘帽”并得以重返武汉大学，但是法律系已被撤销，只得从事伙食科出纳员、图书馆馆员等工作。“文革”开始后，他又受到错误对待，并再次被下放到农村走“五七道路”，进行所谓的“劳动改造”，直至1972年才又回到武汉大学图书馆，工作到1979年。在此20多年的艰难岁月中，他风华正茂的青春日子和科学研究的黄金时间无声地流逝了。然而，在种种精神和肉体的磨难面前，他始终保持着乐观的精神面对人生，即便在农村、在图书馆，也作出了令人称道的成绩。

1979年，马克昌教授53岁，这一年，他终于迎来了时代和人生的重大转折。他被当时的武汉大学校长刘道玉教授委任为法律系副主任，协助法律系主任韩德培教授一道恢复和发展法律系，迎接新中国法治建设和教育的春天。受命后，马克昌教授怀着对法学事业的热爱和凭着深厚的学术功底，在事业上焕

发出青春的活力，全面展示了法学活动家、教育家和刑法大家的风采和魅力。

作为法学社会活动家，1980年，马克昌教授曾接受中华人民共和国司法部委派，在轰动世界的“林彪、江青反革命集团案”中，担任吴法宪的辩护人，依法工作，获得极大赞誉。他还兼任中国刑法学会名誉会长、最高人民法院特邀咨询员等多种社会职务，为国家的立法和司法改革作出了卓越的贡献。

作为法学教育家，从1983年开始，马克昌教授担任武汉大学法律系主任。1986年，武汉大学法学院成立后，他又出任法学院院长。他以极大的激情和精力，投身于法学院建设，带领全院教师和工作人员团结进取，在教学、科研、人才培养和对外交流等方面取得了令人瞩目的成绩，使武汉大学法学院成为“珞珈山上的王牌军”，成为中国著名的法学院，并一直保持着国内同行的领先地位，在国际上声誉日高。

作为学者，马克昌教授一直活跃在刑法学理论研究的舞台上，笔耕不辍。他参与主编的多部刑法学教材被誉为我国权威的刑法学教科书。由他主编的《犯罪通论》、《刑罚通论》、《中国刑事政策学》、《近代西方刑法学说史略》等著作，受到学界高度评价，成为我国刑法学研究的典籍性文献，是很多高校刑法专业研究生的指定教材。2002年，他出版的专著《比较刑法原理——外国刑法学总论》，以其丰富的内容、详实的文献、严谨的结构和深刻的见解轰动学界，并成为2003年度获国家图书奖的惟一法学类著作。

作为教师，马克昌教授一直活跃在教书育人的岗位上，为本科生、硕士生和博士生授课、讲座。他教学一丝不苟，而且在艰深的理论和现实案例中游刃有余，深入浅出，颇受学生欢迎和喜爱。他不仅引导学生学习专业知识，而且引导他们成为有理想、有追求、有责任感、有崇高修养的人。他为中国法治建设和法学教育培养了许多优秀人才，他们有的在最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及各级司法机关和行政部门担任要职，有的已成为教授、博士生导师、学科带头人，活跃在法学教育和研究领域，在各条战线上为中国的法治建设作出自己的贡献。

马克昌教授是一位具有战略眼光的学者，他以开阔的视野、国际化的意识，重视对外交流，积极主动地将学科建设与国际接轨，置其于国际学术环境中发展。他曾经应邀到美国、加拿大、日本、德国、巴西等国家以及我国香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区访问讲学，参加国际学术会议；他也多次

热情邀请国际著名学者到中国来访问讲学，举办国际会议。通过与一流大学、一流学科、一流学者进行交流，不断引进新的学术信息、学术理论和学术思潮，马克昌教授身体力行，积极组织国际间的学术交流与合作，不断为学科建设注入生机，提升了本学科在国内外的知名度，增强了本学科在同类学科中的竞争力，为学科发展进入良性循环奠定了坚实的基础。

马克昌教授以其渊博的知识、卓越的理论成就和高尚的品德，赢得了中国司法界和刑法学界乃至整个法学界的尊敬和景仰，获得了国外同行的敬重和钦佩，受到学生的爱戴。在马克昌教授 80 华诞即将来临之际，他的学生们自发组织起来，策划了这套庆贺丛书，以表达自己对先生的感激和祝贺。本套丛书中的作品，有的是独著，有的是合著，它们都是马克昌教授的弟子们在刑法学、犯罪学方面新的研究成果。贺寿献礼意义深远，一方面是弟子们向先生汇报自己的工作；另一方面也通过这样的方式深化刑事法学理论研究，这也非常符合先生对弟子们的期许。

这套丛书在策划之时，得到中国人民公安大学出版社的大力支持和高度重视，他们组织了专门的编辑力量，负责丛书的编辑出版。在此，向中国人民公安大学出版社法律编辑部的编辑们表示诚挚的谢意！

衷心祝愿马克昌教授永葆青春，健康长寿！

丛书主编：莫洪宪

2005 年 2 月

引 言

一、我国有关不能犯问题的通说

不能犯，又称不能未遂，其意大致指的是行为人在某些错误认识的情况下实施了不可能完成犯罪之行为的情况。这一概念，发端于19世纪的德国刑法学，此后大陆法系国家遂将其视为刑法理论中的一个重要问题而加以研究。英美法系国家，对此问题也多有论述。我国学者自民国时代起就开始关注有关不能犯的问题。建国以后，理论界虽然对是否应当采用不能犯这一概念存在过争议。有的学者认为，我国刑法上并没有关于不能犯问题的规定，从司法实践看，所谓不能犯的刑事责任，完全可以按照对事实认识错误的原则来解决，而没有必要把它与未遂犯联系在一起。如果硬要沿用资产阶级刑法上的不能犯理论，无非是在理论上徒增了一道复杂程序，在司法实践上把问题搞得更加复杂而已。^①但大多数学者还是主张使用这一概念。

通说认为，所谓不能犯，属于犯罪未遂的一种，即不能犯未遂。“不能犯未遂，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既遂的情况。不能犯未遂这种未遂类型，主要又可进一步区分为工具不能犯与对象不能犯未遂两种。所谓工具不能犯的未遂，是指犯罪人由于认识错误用了按其客观性质不能实现行为人犯罪意图、不能构成既遂的犯罪工具，以致未遂。例如，误把白糖等无毒物当作砒霜等毒药去杀人，误用空枪、坏枪、臭弹去射杀人等。所谓对象不能犯的未遂，是指由于行为人的错误认识，使得犯罪行为所指向的犯罪对象在行为时不在犯罪行为的有效作用范围内，或者具有某种属性使得犯罪不能既遂而只能未遂。例如，误认尸体为活人而开枪射杀、砍杀；误认空包内有钱财而扒窃；误认为被害人在卧室而隔窗枪击；误认男子为女子而着手实行

^① 利子平：《“不能犯”质疑》，载《法学季刊》1985年第1期。

强奸行为，等等。从主客观统一上看，在一般情况下，能犯未遂往往比不能犯未遂具有较大的社会危害性。因此，对能犯未遂一般应较不能犯未遂从重处罚。”^①

二、反对观点及其理由

在几十年间，通说的这一观点甚少受到质疑。然而进入 20 世纪 90 年代以后，随着国外尤其是日本刑法理论的传入，越来越多的学者开始对通说的理论进行反思，提出了一系列相反的见解。反对者的理由主要有以下几点：

首先，认为通说没有考虑行为在客观上是否侵犯了法益，导致客观上完全不可能侵犯法益的行为也成立犯罪未遂。“如果将上述（通说）观点进一步延伸，意图毒杀他人，结果误用了健身药品时，也成立故意杀人未遂；误以为某有害动物是被害人而开枪，结果导致有害动物死亡时，也成立故意杀人未遂。可是，这种行为在客观上没有威胁任何人的生命，即没有侵害法益的危险，将其作为犯罪未遂处理，实际上就意味着行为根本不可能侵犯法益时也成立犯罪。事实上，上述行为并非‘只是由于对犯罪工具实际效能的误解而致使犯罪行为未发生犯罪既遂时的犯罪结果’，而是由于行为人所实施的‘行为’本身根本不具有侵害法益的任何危险性才导致未发生犯罪既遂时的犯罪结果；如果行为本身具有侵害法益的危险性，不管行为人主观上有无误解，都不可能影响行为的这种危险性。”^②

其次，认为通说违背了主客观相统一的原则，导致主观归罪。“根据通说，只要行为人对实行行为有认识（有故意），不管客观上有无实行行为，都认为是危险。但这实际上属于主观归罪。例如，甲意欲杀乙，本想使用砒霜，但由于认识上的错误使用了白糖，乙吃后安然无恙。A 没有杀人的意欲，将白糖给 B 吃，B 平安无事。从客观上看，甲的行为与 A 的行为是完全相同的，结局也是完全相同的，即都没有导致他人死亡的危险性，惟一不同的是，甲具有杀人的故意而 A 没有杀人故意。可是，如果认定甲的行为构成故意杀人未遂，显然只是因为甲具有杀人故意。这不符合主客观相统一的原则。”^③ 有学者更激烈地

① 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 159 页。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2003 年版，第 300 页。

③ 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 245 页。

指出,“举个例子。你有杀人的‘念头’,结果错把白糖当毒药放进他的碗里,这当然对他毫发未损,他也完全可能毫无察觉。即使你只实施过一次这样的行为,即使白糖绝不可能杀死一个人,按照这种理论,你也已经构成了杀人罪。显然,这是一个在现实中永远无法证明的理论。因为只要你真的放了毒药,你就构成了杀人罪。否则,你就是三番五次地把白糖当毒药放进别人的碗里,即使在他吃后露出狰狞的笑容,乃至说出恶毒的咒语,又怎么能证明你就是有杀人的‘念头’呢?顶多把你当精神病罢了。这种定罪的理论至今还写在我们刑法学的教科书中。我不知道这样教条的、工具性的理论是从哪个国家抄来的。它虽然只是一个具体的理论观点,但无疑对我们整个刑法观念,乃至法律理论的影响,都是全面的、巨大的。”^①

再次,认为通说扩大了刑法的处罚范围。“这主要表现在,客观上完全没有危险性的行为,仅因为行为人的认识错误就作为犯罪来处罚。然而,‘即使行为人相信是手枪而扣动扳机,但事实上是完全不可能发射子弹的塑料玩具手枪时,就没有作为杀人未遂处罚的必要。’不仅如此,通说还有导致侵犯人权的危险。因为客观上完全没有侵害法益危险性的行为也可能成为犯罪行为,故司法机关完全可以针对任何行为展开调查,看行为人是否因为认识错误而未能造成侵害结果。这是相当危险的。”^②

最后,认为通说存在自相矛盾之处。“矛盾之一,通说认为犯罪客体是任何犯罪的构成要件,又认为行为人误将尸体当作活人而射杀时不存在犯罪客体,因而成立故意杀人未遂。一方面,既然客观上不存在犯罪客体,该行为就不符合犯罪构成,怎么可能成立犯罪呢?另一方面,既然客观上不存在犯罪客体,就不能因为行为人误认为存在犯罪客体就存在了。矛盾之二,通说对手段错误的具体案件的处理也存在矛盾。例如,如上所述,甲意图杀乙,便打算用砒霜煮鸡蛋给乙吃,但由于认识上的错误而使用了糖精,通说认为成立故意杀人未遂。反之,A女意图杀死丈夫B,以为丈夫在发生性交后的第二天清晨吃糖精煮鸡蛋会死亡,便在与丈夫发生性交后的第二天清晨用糖精煮鸡蛋给B吃,B吃后平安无事。A也具有杀人的故意,客观上实施了一定的行为,但通说不会

^① 尹伊君:《另一个“世界”的牵挂》,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528页。

^② 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第246页。

认为A的行为构成故意杀人未遂。这说明通说是存在矛盾的，也反过来说明，甲的行为应当是无罪的，因为甲的行为与A的行为在主观上、客观上都是完全相同的，只不过甲存在认识错误、A不存在认识错误而是愚昧无知，但不管是认识错误还是愚昧无知，都不能使没有任何危险的行为转变为具有危险的行为。而且，愚昧无知并不是无罪的理由，因为许多人犯罪都是因为愚昧无知，却受到了刑事追究。有的人以为将被害人杀害后，被害人便可以升天，然后杀害被害人的，也可谓愚昧无知，但不能被司法机关宣告无罪。迷信犯不受处罚，也不是因为愚昧无知，而是因为其采取的超自然方法不可能侵害法益。所以，关键的问题在于行为本身是否具有侵害法益的危险性及其危险程度。”^①

论者在全面否定通说见解之后，指出不能犯应当是一种无罪的行为。其中有的学者认为，“只有当行为人主观上具有罪过，其客观上实施的行为具有侵害法益的危险时，才能认定为犯罪未遂；行为人主观上具有犯意，其客观行为没有侵害合法权益的任何危险时，就应认定为不可罚的不能犯，不得追究行为人的刑事责任。至于客观行为是否具有侵害法益的危险，则应以行为时存在的所有客观事实为基础，并进行一定程度的抽象（舍弃细微的具体事实），站在行为时的立场，根据客观的因果法则进行判断。”^②而有的学者则认为，“某一行为是否具有危险，应当以事后查明的行为时所存在的各种事实为基础，以行为时为标准，从一般人的立场出发来判断。如果就事后所查明行为时存在的事实来看，发生结果的可能性极大，就可以说该行为具有危险或者说具有社会危害性，应当成立犯罪（未遂犯）；如果就事后所查明的行为时存在的各种事实来看，该行为完全没有发生结果的可能或者可能性极小，就可以说该行为没有危险或者说没有社会危害性，而不成立犯罪（不能犯）。”^③

三、争议之实质

上述两种观点对不能犯的理解截然不同。根据通说的观点，不能犯应当是一种犯罪行为，属于未遂犯的一种。而按照反对者的观点，不能犯则是与未遂

① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第246页。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第301页。

③ 黎宏：《刑法中的危险及其判断——从未遂犯和不能犯的区别出发》，载《法商研究》2004年第4期。

犯相对立的概念，并非犯罪行为。综观近十年来我国有关不能犯问题的论文、专著，可以发现对通说持否定态度的见解已经占了绝对的上风，而支持通说观点的文章则几乎没有出现。若论其原因，除了否定者个人学术的号召力之外，我国自 20 世纪 90 年代后刑法学界明显受日本刑法理论的影响恐怕是最重要的因素。日本刑法理论自二战之后有日益客观化的趋势，学者们追求彻底的客观未遂理论，而轻视甚至排斥主观因素在犯罪认定中的作用。日本学者并且认为惟有这样，才能更好地保护国民的自由。我国部分学者也几乎全面地接受了日本学者的观点，认为我国 1979 年刑法属于主观主义刑法，而 1997 年新刑法则偏向客观主义，因而极力提倡刑法中的客观主义理论，并认为我国 1997 年以前所形成的刑法理论过于注重主观因素，“不利于发挥刑法的行为规制机能；不利于发挥法益保护机能；不利于发挥保障公民自由的机能。”问题的焦点在于，我国 1979 年刑法是否是一部主观主义的刑法，建立在 1979 年刑法基础之上的通说的见解是否真的与世界潮流背道而驰？日本式的不能犯理论（乃至整个刑法理论）在世界上是真正具有先进性与代表性，还是仅仅只是一国基于自身国情的特殊选择？由于我国目前存在各种关于不能犯问题的争议，其实质都在于一种理论模式的重新选择，因此阐明当今世界其他国家的刑事立法和刑法学说中的不能犯理论，对于我们正确评价国内有关不能犯问题的争议起着关键性的作用。有鉴于此，笔者拟从比较分析各国刑法不能犯的规定以及相关理论入手，并由此展开对不能犯问题的思考。

目 录

引 言	(1)
一、我国有关不能犯问题的通说	(1)
二、反对观点及其理由	(2)
三、争议之实质	(4)

上篇 国外不能犯立法及理论比较研究

第一章 德国的不能犯论	(3)
第一节 不能犯理论的产生	(3)
一、费尔巴哈的客观说	(3)
二、主观说之反驳	(8)
三、主客观对立时代的开启	(12)
第二节 不能犯理论的发展	(13)
一、绝对的不能、相对的不能说	(13)
二、纯粹主观说	(17)
三、抽象的危险说	(19)
四、新客观说——具体的危险说	(22)
第三节 不能犯理论的现状	(28)
一、印象说的提出	(28)
二、印象说的确立	(29)
三、少数说的观点	(33)

第二章 法国的不能犯论	(34)
第一节 不能犯理论的引进	(34)
一、刑法中的未遂犯规定概述	(34)
二、纯客观说的出现	(36)
三、绝对的不能、相对的不能说的提出	(40)
第二节 不能犯理论的发展	(43)
一、主观说的展开	(43)
二、法律的不能、事实的不能说	(48)
第三节 不能犯理论的现状	(54)
一、议论再起的契机	(54)
二、不能犯概念否定说	(55)
三、不能犯概念肯定说	(58)
四、不能犯理论的特色	(61)
第三章 日本的不能犯论	(64)
第一节 不能犯理论的引进与发展	(64)
一、刑法的近代化	(64)
二、二战前的不能犯理论	(67)
三、判例的观点	(71)
第二节 不能犯理论的现状	(73)
一、刑法修改的动向	(73)
二、理论的现状	(74)
三、判例的观点	(86)
第四章 英美法系中的不能犯论	(88)
第一节 英国的不能犯	(88)
一、法律的观点	(88)
二、理论的争议	(90)
三、通说的背景	(92)

第二节 美国的不能犯	(95)
一、通说的观点	(95)
二、客观说的见解	(98)
第五章 各国不能犯理论之比较研究	(103)
第一节 不能犯性质的比较研究	(103)
一、各国刑法对不能犯性质之规定	(103)
二、各国刑法理论对不能犯性质之理解	(105)
第二节 不能犯学说的比较研究	(108)
一、具体学说争论的焦点	(108)
二、不能犯学说争论的实质	(110)

下篇 我国的不能犯理论

第一章 不能犯基本立场的再定位	(117)
第一节 我国不能犯理论的现状	(117)
一、争论的产生	(117)
二、新的观点	(120)
第二节 我国刑法基本立场的争论	(122)
一、客观主义风潮的兴起	(122)
二、主观主义与客观主义对立的实像	(124)
第三节 客观主义内部的价值选择	(133)
一、行为规范与裁判规范	(133)
二、行为无价值与结果无价值	(138)
三、法益侵害说、规范违反说与犯罪客体说	(144)
第四节 危险概念的再选择	(150)
一、行为人的危险与行为(广义)的危险	(150)
二、行为(狭义)的危险与结果的危险	(154)
三、主观的危险与客观的危险	(160)
四、理论归结	(164)

第五节 客观主义基础上的主观未遂论	
——我国不能犯理论的定位	(164)
一、学派之争视野下的主观未遂论与客观未遂论	(164)
二、客观主义内部的主观未遂论与客观未遂论	(165)
三、客观主义前提下的主观未遂论之坚持	(169)
四、我国未遂犯的处罚根据	(173)
第二章 不能犯的概念与特征再阐释	(178)
第一节 不能犯的概念	(178)
一、指代的范围：犯罪行为还是非犯罪行为	(178)
二、对各种不能犯概念的辨析	(179)
第二节 我国不能犯判断的特质	(182)
第三节 不能犯的特征（一）——行为已着手	(184)
一、国外的学说	(184)
二、我国学者的观点	(200)
三、笔者的观点	(202)
第四节 不能犯的特征（二）——行为没有达到既遂	(210)
一、既遂、未遂的区分标准	(210)
二、未达既遂的原因	(212)
第五节 不能犯的特征（三）——行为具有危险性	(215)
一、具体的危险说之否定	(216)
二、修正的客观的危险说之批判	(220)
三、抽象的危险说之坚持	(223)
第六节 不能犯的特征（四）——行为不能完成犯罪	(230)
一、能犯未遂与不能犯未遂的区分	(230)
二、不能犯的犯罪客体问题	(232)
第三章 不能犯与相近概念的区别	(235)
第一节 不能犯与迷信犯	(235)
一、迷信犯的概念与特征	(235)

二、不能犯与迷信犯的联系	(236)
三、迷信犯不可罚的理由	(237)
四、不能犯与迷信犯的区别	(238)
第二节 不能犯与幻觉犯	(239)
一、幻觉犯的概念	(239)
二、不能犯与幻觉犯的区别	(241)
第三节 不能犯与事实欠缺	(242)
一、外国刑法理论关于事实欠缺的学说及其评析	(242)
二、笔者的观点	(245)
参考文献	(249)
后 记	(258)

上篇 国外不能犯立法
及理论比较研究