

On Impossibility:
The Realm out of Criminal Law

不能犯

——刑事上的法外空间

BUNENGFAN

XINGSHISHANGDEFAWAIKONGJIAN

张德友 著

吉林人民出版社

D924
68

不 能 犯

——刑事上的法外空间

张德友 著

吉 林 人 民 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

不能犯:刑事上的法外空间/张德友著.——长春:
吉林人民出版社,2002.10

ISBN 7-206-04069-1

I. 不… II. 张… III. 刑法—研究—中国
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 081197 号

不能犯——刑事上的法外空间

编 著 张德友
责任编辑 杨九屹

封面设计 张 迅
责任校对 杨九屹

出 版 者 吉林人民出版社 0431—5649710
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)

发 行 者 吉林人民出版社

制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018

印 刷 者 长春市第九印刷厂

开 本 850 × 1168 1/32 印 张 11.625

版 次 2002 年 10 月第 1 版

印 次 2002 年 10 月第 1 次印刷

字 数 271 千字 印 数 1—2 000 册

标准书号 ISBN 7-206-04069-1/D·1021

定 价 21.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

序

得悉张德友的博士论文略作修改后行将出版，我作为他的导师，颇感欣慰。现应作者之邀，命笔作序，以示祝贺。

不能犯是刑法理论中的偏僻角落，但它既与未遂的处罚依据休戚相关，又与实行的着手理论紧密相连，是一个题目虽小但关涉的领域较为广泛且难度很大的理论问题。虽然近年来在刑法理论研究上高潮迭起，但有关不能犯理论的文章却寥若晨星，专著更是绝无仅有。张德友以此作为博士论文的选题，并能通过潜心研究写成专著，体现了他较高的学术志趣和大胆的创新精神。

这本书吸收了近年来国内外刑法学界相关研究的最新成果和答辩中各专家提出的合理建议，占有丰富的资料，运用比较的方法、立体考察的方法、联系实际的方法开展对不能犯的研究，不仅为刑法理论的发展做出了贡献，而且对于规范司法活动和拓展市场经济条件下的理论研究空间也是大有裨益的。纵观全书，主要有以下特点：

一、观点新颖，体系合理

本书的副标题直截了当地提出了不能犯乃“刑事上的法外空间”的论点，向我国刑法学界一以贯之地将不能犯作为未遂类型之一的主张提出了大胆的挑战，体现了作者相当的学术勇气。全书分为原理和哲理上、下两篇，从逻辑论证和价值判断

等多角度求证了“不能犯不可罚”的立论主张。在原理篇中，比较详尽地介绍了关于不能犯的各家之说，与学界进行了广泛而热烈的交流与对话；认真研究了与不能犯密切相关的刑法基础理论问题，鲜明地提出了自己的认识和主张；对与不能犯相近的概念进行了具体的比较，体现了作者在相关领域中认识的一贯性；对认定不能犯的判断标准进行了较为充分的论证，而且操作性很强；创造性地提出了复杂不能犯的概念，把不能犯的研究引向了更深的层次和更为广泛的领域。在哲理篇中，作者从社会学、经济学、法哲学等多维度渐次展开，对处罚不能犯的弊端一一指陈，对传统理论中处罚不能犯的合理性进行小心地排除，为自己的论点寻求较为有力的理论支持。对不能犯的哲思，显示了作者广博的才学、深厚的功底和相当的理论境界。毫无疑问，作为我国第一部全面、系统、深入研究不能犯理论的专著，它的问世，不仅填补了我国刑法理论的一个空白，而且从某种意义上说，也为我国刑法理论的发展提供了新的资源和新的理论线索。

二、思辨性强，论析深入

针对不能犯可罚与否已非刑法学理论本身能够彻底解决的理论境况，本书从市场经济对自由与人权要求的高度，将与不能犯相关的刑法学理论同哲学、社会学、经济学有机结合，层层深入地揭示不能犯不可罚的根源所在，即不能犯是不符合犯罪构成要件的行为也就是不具有形式违法性，因此，处罚不能犯违背罪刑法定之原则；不能犯是未达到犯罪程度之社会危害性的行为，将其定性为有罪之未遂，则对我国犯罪概念未能贯彻到底；对不能犯的处罚不具有刑罚的价值甚至得不偿失；不能犯不在刑法的调控范围之内，是依刑法的谦抑要求应当紧急进行非罪化处理以实现刑法效益最大化的当然内容；不能犯是

刑事法律规范之外的侵权法规范或道德规范的调控对象，对它的处罚不仅僭越了民事的和行政的法律规范，而且也混淆了德法关系，与以德治国的政治方略不协调、不一致。全书论证充分，思维活跃，通篇透射出很强的思辨色彩。

三、明确具体，注重实务

本书首先是一部理性极强的学术著作，但作者并没有漂浮在理论层面，而是将抽象的不能犯理论逻辑地导入司法实务的具体运用当中。通过对与不能犯认定标准相关的判断资料、判断时点、判断基准以及抽象化程度等要素集合的细密分析，提出了不能犯的认定需以行为的本质为前提的判断原则，从而较为合理地破译了刑法中的危险概念，求证出了不能犯判断的“八字法”，即手段不能犯判断之“质量”法；客体不能犯判断之“有无”法；主体不能犯判断之“是否”法；状况不能犯判断之“真假”法。“八字法”注重实际操作，具体明确，既符合理论逻辑，也易于解决司法难题，是与作者的主张相连贯的不能犯判断方法，充分体现了作者对于理论和实践统一、主观和客观统一的学术追求。

诚然，本书尚有一些不足之处，论文评阅人和答辩委员会的成员们也曾提出许多宝贵的意见。虽然大都得到了作者的采纳，但目前仍然留有痕迹。比如，对复杂不能犯的论述没有展开，不够深入；对不能犯的分类依据交待不多，稍显单薄等等。希望能在今后的研究中加以克服和解决。由于该作的主张与我国传统的观点刚好相左，因此还可能有许多其他问题异见杂陈，这些都是真理求索中的必然，也是理论研究上的必要，非但正常而且难免。

张德友是我的得意门生之一，我相信，这本专著不过是他漫长的学术追求过程中的起点。通过努力，张德友博士一定会

不能犯——刑事上的法外空间

不负众望，将更多、更好的著作奉献于世，为中国刑法理论的发展与进步，添砖加瓦、不遗余力。

是为序。

吴稼兴

2002年9月28日

于深圳

目 录

绪 论	1
-----	---

上篇 原理篇

第一章 不能犯概述

第一节 不能犯的初始：历史探源	13
一、不能犯理论的由来	13
二、不能犯理论的波折	16
三、不能犯理论的模糊	20
第二节 不能犯的概念：现实聚讼	22
一、不能犯的定义	22
二、不能犯的特征	28
三、不能犯的性质	36
第三节 不能犯的类型：辩证划分	42
一、不能犯的一般分类方法	42
二、不能犯一般分类的评价	49
三、不能犯类型的辩证划分	52

第二章 不能犯的学说介评

第一节 恶意的危险：主观说	56
一、纯粹的主观说	57
二、抽象的危险说	64

第二节 恶行或恶果的危险：客观说	72
一、客观危险说	72
二、具体危险说	82
三、法律不能·事实不能说	89
四、印象说	90
五、定型说	91
第三节 我国学者的观点鸟瞰	92
第三章 不能犯的基础理论	
第一节 未遂论	97
一、未遂概念的提出	97
二、学派之争的背景	99
三、未遂理论的对立	101
四、我国的未遂理论	108
五、我之犯罪未遂观	112
第二节 着手论	120
一、实行行为着手的诸说辨别	121
二、实行行为着手的我国理论	124
三、实行行为着手的合理界定	127
四、实行行为的着手与不能犯	128
第四章 不能犯与相近的概念	
第一节 不能犯与事实欠缺	130
一、事实欠缺的概念	130
二、事实欠缺的特征	132
三、事实欠缺之纷争	135
四、事实欠缺之论析	141
第二节 不能犯与幻觉犯	143
一、幻觉犯的概念	143

二、幻觉犯的特征·····	147
三、幻觉犯之歧义·····	148
四、幻觉犯之评判·····	149
第三节 不能犯与迷信犯·····	151
一、迷信犯的概念·····	151
二、迷信犯的特征·····	152
三、迷信犯之争端·····	153
四、迷信犯之管见·····	154
第五章 不能犯的认定标准	
第一节 不能犯判断法反思：要素的集合·····	157
一、判断资料的选择·····	158
二、判断时点的选择·····	159
三、判断基准的选择·····	160
四、抽象化及其限度·····	162
第二节 不能犯判断原则：行为的本质·····	162
一、我国不能犯理论的困惑：两难境地·····	163
二、行为在判断法中的地位：问题实质·····	165
第三节 不能犯判断公式：危险的破译·····	167
一、手段不能犯的判断：质量法·····	168
二、客体不能犯的判断：有无法·····	174
三、主体不能犯的判断：是否法·····	179
四、状况不能犯的判断：真假法·····	181
第六章 复杂不能犯	
第一节 行为样态与不能犯·····	183
一、复行为的不能犯·····	183
二、不作为的不能犯·····	188
第二节 共犯形态与不能犯·····	192

一、教唆不能犯·····	192
二、帮助不能犯·····	198
三、实行不能犯·····	199
第三节 罪数形态与不能犯·····	200
一、实质的一罪与不能犯·····	201
二、法定的一罪与不能犯·····	207
三、处断的一罪与不能犯·····	209

下篇 哲理篇

第七章 不能犯不可罚的社会学依据

——以德治国的刑事表现

第一节 以德治国方略的思想内涵·····	215
一、以德治国方略的提出及意义·····	215
二、中华德治思想的传承及脉络·····	218
第二节 法律与道德的关系·····	223
一、历史上的演进·····	223
二、学说上的聚讼·····	225
三、功能上的异同·····	226
四、现实上的统一·····	228
第三节 德法并重：科学的治国之道·····	232
一、立法对道德的取舍·····	232
二、法律与道德的互补·····	235
三、以德治国的刑事体现·····	237

第八章 不能犯不可罚的经济学依据

——谦抑节俭的刑法趋势

第一节 刑法的效益原理·····	240
------------------	-----

一、投入：刑法的成本	240
二、产出：刑法的收益	245
三、比值：刑法的效益	247
四、不能犯：刑法的浪费	250
第二节 刑法的谦抑性	254
一、刑法谦抑的内涵	254
二、刑法谦抑的体现	257
三、非犯罪化的趋向	261
第三节 刑法的干预度	266
一、刑法的合理调控范围	266
二、刑民关系的法律定位	270
三、刑行关系的法律定位	274
第九章 不能犯不可罚的法哲学依据	
——刑法本体的价值排斥	
第一节 不能犯的处罚弊多利少：	
刑罚价值的反面	279
一、刑罚具有天然的局限性	279
二、刑罚具有难免的负价值	291
三、刑罚之于不能犯得不偿失	301
第二节 不能犯不具备应罚特征：	
犯罪本质的缺失	304
一、犯罪本质的种种诠释	305
二、犯罪本质排斥不能犯	320
结 论	327
后 记	329
附 录	331

Contents

Introduction	1
---------------------------	----------

Part One Principle section

Chapter1 Introduction to impossibility

Section1.Beginning of impossibility: historic probe

.....	13
-------	----

1. Origin of impossibility theory	13
---	----

2. Twist of impossibility theory	16
--	----

3. Blur of impossibility theory	20
---------------------------------------	----

Section2.Notion of impossibility: fact

1. Definition of impossibility	22
--------------------------------------	----

2. Character of impossibility	28
-------------------------------------	----

3. Quality of impossibility	36
-----------------------------------	----

Section3.Type of impossibility: category

1. Common taxonomy	42
--------------------------	----

2. Comments on common taxonomy	49
--------------------------------------	----

3. Category of impossibility	52
------------------------------------	----

Chapter 2 Introduction and comments on doctrines of impossibility

Section1.Vicious intent danger: subject doctrine

1. Pure subject doctrine	57
--------------------------------	----

2. Abstract subject doctrine	64
Section2. Vicious act or result danger: object doctrine	72
1. Object danger doctrine	72
2. Concrete danger doctrine	82
3. Legal impossibility Lancel fact impossibility doctrine	89
4. Impression doctrine	90
5. Figuration doctrine	91
Section3. Survey of our scholars' points	92
Chapter 3 Basic theories of impossibility	
Section1. Notion of abortive crime	97
1. Initiation of abortive crime	97
2. Background of arguments between different schools	99
3. Antimony between relative notions	101
4. Relative notions in china	107
5. My viewpoint on abortive crime	112
Section2. Notion of embarkation	120
1. Distinctions between doctrines on embarkation	121
2. Doctrines on embarkation in china	124
3. Reasonable definition on embarkation	127
4. Embarkation and impossibility	128
Chapter 4 Impossibility and relative concepts	
Section1. Impossibility and factual deficiency	130
1. Concept of factual deficiency	130

2. Characters of factual deficiency	132
3. Disputes on factual deficiency	135
4. Analyzing factual deficiency	141
Section2. Impossibility and hallucination	143
1. Concept of hallucination	143
2. Characters of hallucination	147
3. Different meanings of hallucination	148
4. Comments on hallucination	149
Section3. Impossibility and superstition	151
1. Concept of superstition	151
2. Characters of superstition	152
3. Disputes on superstition	153
4. My viewpoint on superstition	154
Chapter 5 Criterion used to judge impossibility	
Section1. Rethinking judging measures:	
gathered elements	157
1. Choice of files	158
2. Choice of time	159
3. Choice of base	160
4. Abstraction and limits of abstraction	162
Section2. Principles in judging impossibility:	
nature of conduct	162
1. Difficulties in our impossibility theory: a dilemma	163
2. Role conduct playing in judging impossibility: essential of the issue	165
Section3. Formulas in judging impossibility:	

interpreting danger	167
1. Judging means impossibility: quality or quantity criterion	168
2. Judging object impossibility: ens or naught criterion	174
3. Judging subject impossibility: yes or no criterion	179
4. Judging status impossibility: true or false criterion	181
Chapter 6 Complex impossibility	
Section1 .Conduct and impossibility	183
1. Plural conducts impossibility	183
2. Omission impossibility	188
Section2.Complicity and impossibility	192
1. Abetment impossibility	192
2. Assistant impossibility	198
3. Operation impossibility	199
Section3 .Multiple crimes and impossibility 200	
1. Substantial one crime and impossibility	201
2. Legal one crime and impossibility	207
3. Disposed one crime and impossibility	209

Part Two Philosophy section

Chapter 7 Sociology reasons why impossibility deserving non - punishment: criminal embodiment of rule by de

Section1 .Meaning of rule by de 215 |

1. Headspring of ruled by de and its values 215 |

2. Historic transfer of rule by de in China	218
Section2. Relationship between law and ethics	223
1. Changes in history	223
2. Disputes between different doctrines	225
3. Differences on functions	226
4. Integration in fact	228
Section3. Attaching importance both to de	
and law: scientific way to ruling states	232
1. Taken or refused ethics by law	232
2. Mutual makeup between law and ethics	235
3. Criminal embodiments of ruled by law	237
Chapter 8 Economic reasons why impossibility deserving non	
- punishment: economical trends in criminal law	
Section1. Benefit theory of criminal law	240
1. Input: cost of criminal law	240
2. Output: income of criminal law	245
3. Ratio: benefit of criminal law	247
4. Impossibility: waste of criminal law	250
Section2. Economical character of criminal law	254
1. Meaning of criminal economical character	254
2. Embodiment of criminal economical character ...	257
3. Trend of de - crimization	261
Section3. Scope of criminal law	266
1. Reasonable scope of criminal	266
2. Legal orientation of the relationship between criminal law and civil law	270
3. Legal orientation of the relationship between	