



中南刑事法学术文库

不能犯未遂的 规范论研究

On Impossible Attempts:
A Normative Interpretation

王复春 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



中南刑事法学术文库

不能犯未遂的 规范论研究

On Impossible Attempts:
A Normative Interpretation

王复春 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

不能犯未遂的规范论研究 / 王复春著. -- 北京 :
法律出版社, 2018
(中南刑事法学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2019 - 3

I. ①不… II. ①王… III. ①犯罪未遂—研究 IV.
①D914.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 035199 号

不能犯未遂的规范论研究
BUNENG FAN WEISUI DE
GUIFANLUN YANJIU

王复春 著

责任编辑 黄倩倩 张发靖
装帧设计 马 帅

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 天津嘉恒印务有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 17.5
字数 250 千
版本 2018 年 12 月第 1 版
印次 2018 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978-7-5197-2019-3

定价:54.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序一

陈兴良

王复春是白建军教授指导的博士生,其撰写的博士论文《不能犯未遂的规范论研究》与其师所从事的实证法学研究具有较大的差异。王复春的博士论文主要是对不能犯未遂的刑法教义学的研究,而规范论研究是刑法教义学的方法论之一。由此可以看出白建军教授在其门下博士生指导中不拘一格的开放心态,这也正是北大法学院自由开放的学术风气的真实写照。在博士论文行将出版之际,王复春邀我为其大作写序,作为导师组成员,我亲眼目睹了王复春的学术成长,为此感到十分高兴,欣然命笔。

不能犯未遂这个题目在我国刑法学界是一个学术热点话题。例如,2011年3月在台湾政治大学法学院召开的“海峡两岸刑法论坛”,共同主题是“犯罪实行理论(预备与未遂)”,其中一个单元的题目就是“不能未遂”。我参加了这个主题的研讨,与我国台湾地区同行对不能犯未遂问题进行了深入讨论,相关论文收入台湾政治大学法学院刑事法学中心李圣杰、许恒达编的《犯罪实行理论》一书(元照出版有限公司2012年版),其

中的部分成果也在《清华法学》2011年第4期刊登,其中包括我的论文——《不能犯与未遂犯——一个比较法的分析》。此外,这些年来,以不能犯未遂为题的博士论文也不在少数。仅在前两年,北大法学院刑法专业的张志钢博士就以不能犯为题撰写了博士论文,并获得好评。这些情况都说明,不能犯未遂正因为是一个热门话题,因此也是一个较为复杂的理论问题。在王复春选题之初,我就对此表示过担忧:能否写出新意?但王复春不为所动,坚持将不能犯未遂这个问题研究到底。现在摆在读者面前的就是王复春的研究成果,我以为王复春超越了自我,也超越了在不能犯未遂问题上的学术桎梏,这是值得欣慰的。

王复春在博士论文中对不能犯未遂的研究,不同于其他同行的研究的一个鲜明之处在于:采用了规范论的方法。可以说,这是一种规范论视野中的不能犯未遂的理论建构。我认为,其最大的学术创新是提出了规范的危险概念。

危险概念是不能犯未遂的核心,也是整个未遂犯理论的核心。这里涉及不能犯与未遂犯的处罚根据问题,而处罚根据是建立在危险概念基础之上的。可以说,全部不能犯与未遂犯的理论都是围绕着危险概念展开的。在传统刑法理论中,危险概念的学说可谓五花八门,其说不一。诸如主观危险说与客观危险说,抽象危险说与具体危险说,在这些不同的危险概念的基础上,又形成了不同的未遂学说。对此,王复春在博士论文中进行了详细的论述。本书将这些学说分为以下三种路线:第一,偏主观的是抽象危险说和计划危险论,即以行为人的犯罪计划、犯罪故意为出发点认定和理解客观行为,从而为不法奠定基础;第二,偏客观的则是客观危险说,即以脱离行为人主观要素的客观事实为出发点,按照事后的科学判断或者假定可能性判断为基础,判断未遂不法是否成立;第三,居中的则是具体危险说,即以一般人能够认识的事实与行为人特别认识的事实或者仅以客观事实为出发点,按照经验法则判断是否存在结果发生危险性。在三种学说的关系上,客观危险说的立场是纯粹的客观未遂论,而计划危险说、抽象危险说与具体危险说则是综合的未遂论。那么,本书的立场是什么呢?王复春的回答是综合未遂论。对此,王复春做了以下说明:综合未遂论就是在综合的不法概念上,以主观因素和客观因素共同结合理解

未遂的可罚性。根据综合未遂论,未遂是不具有结果无价值,只具有行为无价值的行为;不能未遂是既不具有结果无价值,也不具有行为无价值的行为。综合未遂论的判断标准是规范的危险概念。在已有刑法理论中,除纯粹主观未遂论与纯粹客观未遂论之外,剩下的未遂理论与未遂学说都属于综合未遂论,然而在不同的学说与理论之间,对于主观要素、客观要素的定性存在不同的理解。部分理论可能偏重于主观要素,如抽象危险说和计划危险论。另外一些学说则更为重视客观要素,主张严格限制主观要素在未遂可罚性限定中的运用,如具体危险说。在以上归纳中,王复春论及规范的危险概念,其实,对危险的不同理解才是划分各种未遂理论的关键之所在。在本书中,王复春对危险概念进行了重新界定,提出了两种不同的危险概念,这就是事实的危险概念与规范的危险概念,并在比较的意义上对两者进行了深入的分析。本书认为,以事实意义上的具体客观危险作为标准,只有事实上引起了法益侵害具体危险的行为才是可罚行为的理论,可以称为事实危险论。因此,事实的危险概念是建立在存在论的基础上的,也可以说是一种存在的危险概念。传统未遂理论基本上都主张事实的危险概念。在本书中,王复春对事实的危险概念进行了批判,认为事实危险的概念不是绝对无条件的成立,而只能在相对意义上承认,即在社会经验法则的意义上承认事实危险的存在。但这样一来,就会使事实危险说蜕变为脱离科学法则的非事实危险概念。因而,本书认为事实危险说中的事实危险概念,在刑法意义上难以成立。正是在批判事实的危险概念的基础上,王复春提出了规范的危险概念。王复春认为可以将危险理解为“规范的法益支配可能性”。在不能未遂行为的多种不同类型中,未遂是对某一法益的恶化建立了规范的支配可能性的行为。也就是说,行为人在规范的视角下,已经能够建立一种对法益的恶化的重要印象。从这个意义上来说,不能未遂中的危险概念是一个以构成要件实现为其判断基点,以法益支配可能性作为其判断内容,以事后的规范评估为其性质的规范判断概念。因此,需要从规范的层面上来界定危险的判断结构。在提出规范的危险概念的基础上,王复春对规范的危险的具体认定方法也进行了深入论述。

规范的危险概念的提出,我认为不但对于不能犯未遂的处罚根据具

有重要阐述功能,而且对于一般的未遂理论也具有支撑功能,这是值得肯定的。

在北大攻读博士学位期间,王复春曾经以联合培养的名义到德国访学一年,由此而接触到德国的刑法教义学。在本书中,其也吸收了不少德国的理论资料与分析思路,使本书具有较为浓厚的刑法教义学的气息。可以说,本书对于推进我国不能犯和未遂犯的理论研究具有重要的贡献,是该领域的前沿性学术成果。

《不能犯未遂的规范论研究》是王复春的第一部学术专著,我认为这部学术专著已经摆脱了处女作的稚嫩。对于王复春未来的学术研究来说,这是一个较高的起点。我期待王复春以此作为敲门砖,进入刑法学术领域,并且登堂入室,将来有更多的研究成果奉献给读者。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年5月1日

序二

白建军

王复春博士的北京大学法学博士论文《不能未遂的可罚性研究》，以《不能犯未遂的规范论研究》为名改编成书，即将由法律出版社出版。作者嘱我为其作序，作为他的论文指导老师，我欣然应允。

自2010年9月起，王复春就在我的指导下攻读刑法学硕士研究生，以《过失犯的构成要件实现理论研究》一文获得北京大学刑法学硕士学位。2012年9月，他又在我的指导下继续攻读博士学位。2014年9月，他受国家留学基金委资助前往德国波恩大学，在乌尔斯·金德霍伊泽尔教授的指导下进行联合培养博士学习。他的硕士论文、博士论文，都是采用刑法教义学的方法，研究规范的刑法问题。在考博时，他的攻博计划以《刑法上的危险》为题，想要在教义学与实证研究之间建立联结，我认为很好。这正是我一直以来的一个愿望。不过，成文时，这篇论文的选题也限制为《不能未遂的可罚性研究——以危险概念为中心》，在内容上采用的是教义学的方法，而未使用实证研究的方法。看来，法学研究中规范学与实证研究的无缝对接的确不容易。

不能犯未遂是一个刑法教义学上的理论性较强的问题,学界对于不能犯未遂的可罚性边界的争论从未停止过;而司法实践中也的确有一些不能犯的案件,法官在遇到不能犯的案件时的裁判立场也时有不同。因而,这个问题是我国刑法学上具有理论意义和实践意义的真问题。对于这个问题,王复春博士既全面总结了我国刑法学对不能犯的相关理论探讨,也大量引用了德语的一手文献资料,因而论文的资料较为翔实。在这篇论文中,王复春首先对德国刑法不能未遂的概念、可罚性根据、处罚范围等问题进行了详细的学术式考察,对不能犯的问题与理论形成了更清晰的认识。接下来,王复春在比较客观未遂论与主观未遂论的基础上,采用并且论证了综合未遂论的立场。他认为,未遂犯的处罚根据是综合的,既包含主观上的可责难性,又包括客观上的规范的危险性。在这一点上,我曾在德国与复春进行过讨论,我认为他所说的规范的危险性,可以形象地比喻为“距离”——案件事实与刑法构成要件之间的距离,在故意的既遂犯罪中,案件事实与构成要件之间能够完全涵摄,因此二者没有间隙,而故意的未遂犯罪中,案件事实与构成要件之间不能完全涵摄,因此二者之间存在一种或远或近的距离,未遂犯之所以值得处罚,就是因为行为人所做的事与刑法上的构成要件之间成立了这种意义上的较为接近的距离。在讨论后,他欣然接受了这个提议,并将其作为规范的危险判断的基本思想。论文在比较和批判了具体危险说、计划危险说和事实危险说的基础上,认为对于不能犯的可罚性的判断,只能通过规范的危险概念来认定。对此,他提出“法益侵害的支配可能性”这样一个概念。应该说,这个概念是较为抽象的。为此,这篇论文又通过一些具体的操作,将这个抽象的概念进行了具体化处理。

我国刑法与德国刑法在未遂犯的规定上是存在重大差异的。德国刑法规定的未遂犯的概念,是以犯罪人的犯行设想为基准的,因而具有鲜明的主观性。但同时也不应忽略的是,德国刑法分则对于犯罪未遂的处罚范围进行了相当的限制,“重罪的未遂可罚,轻罪的未遂只有刑法明文规定时才予以处罚”。这说明,德国刑法虽然在未遂犯的基准设定上偏向于主观性,但是其处罚范围并不一定会过于宽泛。王复春博士正是在发现了德国刑法这一立法现象的基础上,提出我国刑法的不能未遂处罚根据

理论。应该说,这种重视刑法文本的事实学观察方法,在一定意义上是受我的研究方法影响而形成的。

总之,王复春博士的《不能犯未遂的规范论研究》,对于德国的刑事立法、判例和刑法理论进行了较为细致的考察,为我国刑法学深入研究不能犯的现象提供了丰富的学术资源。希望作者能够继续耐住性子,认真、细致地进行延续性的研究,也希望他能够有更多的作品面世。作为他的导师,我郑重向各位读者推荐本书。

是为序。

2017年5月4日

目 录

第一章 导 论 /001

第一节 现状 / 001

第二节 问题 / 007

第三节 方法 / 011

第四节 论证结构 / 013

第二章 理论溯源:未遂的可罚性基础 /016

第一节 概述 / 016

一、我国刑法中的未遂处罚根据理论 / 017

二、未遂处罚根据论的基本思路 / 020

第二节 对既有理论的分析 and 回应 / 022

一、刑法体系内或外? ——印象理论的批判 / 022

(一) 印象理论的内容 / 024

(二) 印象理论的特征 / 027

(三) 印象理论之批判 / 030

(四) 印象理论的启示 / 033

二、责任? 不法! ——主观未遂论的廓清 / 034

(一) 主观未遂理论的结构 / 035

(二) 对主观未遂理论的批判 / 037

(三) 主观未遂理论的启示 / 041

三、何种不法? ——客观未遂论的疑问 / 042

(一) 现今我国的理解 / 043

(二) 客观未遂论的结构 / 047

(三) 客观未遂论的疑问 / 051

(四) 客观未遂论的启示 / 055

第三节 综合未遂论的确立 / 056

一、已有理论的介绍和评述 / 060

(一) 以“计划危险”“抽象危险”为核心概念的综合未遂理论 / 060

(二) 以具体危险为核心概念的综合未遂理论 / 063

二、修正的综合未遂论 / 065

(一) 构成要件的基本目的是保护法益,但同时也具有行为指导功能 / 065

(二) 不法上的行为无价值与结果无价值二元论 / 066

(三) 未遂的可罚根据是主观与客观的综合立场,不必然推出主观加客观的危险说 / 067

第四节 小结 / 068

第三章 德国刑法未遂的可罚性与危险概念 / 072

第一节 概述 / 072

一、不能未遂的学术史考察 / 074

(一) 客观说的提出 / 074

(二) 主观说的否定 / 079

(三) 对主观说的限定 / 082

二、不能未遂的界定 / 085

三、不能未遂的成立要件 / 086

四、重大无知的不能未遂 / 087

第二节 未遂可罚性的范围 / 088

一、未遂可罚性范围的原则性规定 / 088

二、可罚罪名的情况 / 089

第三节 关于未遂可罚性根据的讨论 / 090

一、客观未遂论 / 090

二、主观未遂论 / 091

三、综合未遂论 / 093

第四节 关于现有立法的可罚性的判断方案 / 093

一、印象理论 / 094

二、危险理论 / 095

三、双轨制方案 / 096

四、规范违反理论 / 097

五、破坏承认关系理论 / 098

六、未遂经济学理论 / 099

七、总结性分析 / 100

第五节 德国不能未遂可罚性的启示 / 101

一、法律与法理的关系 / 101

二、不能未遂可罚性问题的体系性归属 / 102

三、危险概念能否发挥限定未遂的可罚性作用 / 103

第四章 计划危险论及其批判 / 105

第一节 计划危险论概述 / 105

一、计划危险论与抽象危险说的概念 / 105

二、计划危险论的特征 / 107

第二节 计划危险论的结构 / 110

一、计划危险论的判断对象 / 110

二、计划危险的成立范围 / 112

三、计划危险的规范限定 / 113

四、计划危险论与印象说的比较 / 114

五、客观事实在计划危险说中的定性 / 116

第三节 计划危险论对不能未遂的判断 / 117

一、计划危险论对于对象不能未遂 / 117

二、计划危险论对于手段不能未遂 / 119

三、计划危险论对于身份不能未遂 / 120

第四节 计划危险论的疑问 / 121

一、计划危险论得出的未遂犯处罚范围过于宽泛 / 121

- 二、计划危险论对于迷信犯解释自相矛盾 / 123
- 三、计划危险论以主观构成要件作为危险判断基础 / 123
- 四、计划危险论无助于改变我国现状 / 126
- 五、计划危险论在未遂行为之着手问题上存在疑问 / 128

第五章 事实危险论及其批判 / 130

第一节 事实危险论概述 / 130

第二节 事实危险论的基础 / 135

- 一、不法结构:结果无价值一元论? / 135
 - (一) 结果无价值论的基本立场 / 135
 - (二) 事实危险论与结果无价值论的关系 / 137
- 二、未遂犯等于具体危险犯? / 138
- 三、实行着手的事实危险? / 140
- 四、不能未遂等于不可罚未遂? / 141

第三节 事实危险论的结构 / 143

- 一、行为人的主观认识被完全排除在危险判断结构之外 / 143
- 二、事实危险在形式上使可罚范围过小 / 144
- 三、事实危险论通过“假定或舍弃事实”扩大成立范围 / 146

第四节 事实危险论的疑问 / 148

- 一、未遂犯中事实危险的概念能否成立的问题 / 148
- 二、事实危险概念不具有规范性 / 150
- 三、事实危险论对未遂的处罚范围过小 / 152
- 四、未遂处罚界限的模糊 / 152

第六章 具体危险说及其批判 / 154

第一节 具体危险说概述 / 154

第二节 具体危险说的理论基础 / 157

- 一、具体危险说的基本立场是综合未遂论 / 157
- 二、具体危险说采取相当因果关系说 / 159
- 三、具体危险说的基础是行为无价值与结果无价值二元论 / 162
- 四、具体危险说考察未遂犯时注重一般预防效果 / 164

第三节 具体危险说的判断结构 / 165

- 一、行为人主观认识的意义 / 165
- 二、形式上具体危险的认定与事实资料的选取 / 167
- 三、危险概念的实质限缩? / 168

第四节 具体危险说的疑问 / 169

- 一、一般人判断不明确 / 169
- 二、关于具体危险说的事实基础是否合理的探讨 / 172
- 三、关于具体危险说的事前判断是否合理的探讨 / 174

第七章 危险的刑法内涵与概念再造 / 176

第一节 既然“不能”，为何危险? / 176

- 一、概述 / 176
- 二、“不能”与“危险”的分离：不能犯必然等于不处罚吗? / 178
- 三、重回不能未遂的概念——如何看待构成要件欠缺理论? / 179

第二节 危险概念的观察视角——规范与事实的考察 / 181

- 一、危险概念中的事实要素 / 181
 - (一) 事实的类型 / 182
 - (二) 危险与事实之间的关联性 / 186
- 二、危险概念中的规范性要素 / 188
- 三、主观危险与客观危险 / 191
 - (一) 判断危险事实的主观化 / 191
 - (二) 判断危险基准的主观化 / 195
- 四、如何理解危险的程度性 / 197
- 五、危险与具体罪名、法益类型之间是否存在关联性? / 204

第三节 未遂中危险的体系性地位 / 207

- 一、行为刑法的危险与行为人刑法的危险 / 207
- 二、行为不法的危险与结果不法的危险 / 211
- 三、小结 / 213

第四节 危险概念的再造 / 214

- 一、危险是事前预测还是事后评估? / 214
- 二、危险是构成要件实现的危险还是法益侵害的危险? / 216

三、事实上的程度性与规范上的非程度性 / 217

第五节 小结 / 218

第八章 规范危险概念与危险判断方法 / 219

第一节 规范危险的概念基础 / 219

一、规范危险的概念 / 220

(一) 犯罪计划的作用在于指明待判断的客观构成要件 / 220

(二) 事实危险: 形式上能够肯定法益侵害可能性 / 224

(三) 规范限定: 对于法益侵害可能性建立支配 / 228

二、方法论基础 / 234

第二节 规范危险的判断方法 / 239

一、不能未遂的三分法与危险判断 / 239

(一) 身份不能未遂的判断 / 240

(二) 手段不能未遂与对象不能未遂的判断 / 241

(三) 三类型说的反思 / 242

二、类型化可能与规范危险的相关因素 / 243

(一) 构成事实面的类型化标准 / 243

(二) 构成要件面的类型化标准 / 244

第三节 实例检验 / 248

一、冉某某贩卖毒品案 / 249

二、赵某某出售假币案 / 250

三、两例教学案例的检验 / 251

四、比较与分析 / 253

第四节 小结 / 254

第九章 结 论 / 255

后 记 / 259

第一章 导 论

第一节 现状

我国《刑法》第23条规定了犯罪未遂的概念及其处罚原则。“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”在我国传统刑法理论中,一般以主客观相统一一原则为基础,将犯罪未遂定义为:“行为人已经着手实行具体犯罪构成的实行行为,由于其意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态。”^{〔1〕}继而,刑法理论上“以行为的实行能否构成犯罪既遂为标准,在犯罪未遂中区分能犯未遂与不能犯未遂”。^{〔2〕}“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达到既遂的情况。”^{〔3〕}由于我国刑法并未对不能犯未遂的可罚性作出规定,因而中国刑法理论中关于不能犯未遂的理论,在过去受到

〔1〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第152页。

〔2〕 同上。

〔3〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第153页;赵秉志:《犯罪未遂形态研究》,中国人民大学出版社2008年版,第167页。