

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法律评论



中山大学法学院主办

第14卷 | 第3辑 (2016年) Vol.14, No.3 (2016)

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

本辑主题

利益、风险与诉讼救济

- ◎未遂危险的判断
- ◎利益分析视角下的孤儿作品使用制度
- ◎输入法软件混淆搜索结果行为的反不正当竞争法分析
- ◎网络安全审查的制度构建
- ◎法国准用益权：消耗性财产上的特殊用益权
- ◎国际银团贷款协议：关键条款的起草与协商
- ◎我国民事诉讼中的拘传制度检讨——兼评《民诉法解释》第174条
- ◎借鉴争点效理论完善我国预决效力条款之路径——以《环境民事公益诉讼解释》第30条为视角
- ◎反行政垄断诉讼与行政诉讼的客观化
- ◎价值冲突与效率危机：我国刑事证据制度的转型
- ◎罚金易科自由刑制度的思与辨——兼论罚金执行问题的中国语境
- ◎困顿与出路：隐瞒性取向婚姻的法律思考
- ◎从专利社会契约论角度重新审视专利制度——评彼得·达沃豪斯《知识的全球化管理》



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法律评论



中山大学法学院主办

第14卷 | 第3辑 (2016年) Vol.14, No.3 (2016)

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

中国民主法制出版社

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中山大学法律评论. 第14卷. 第3辑/谢进杰主编

—北京:中国民主法制出版社,2017.5

ISBN 978-7-5162-1499-2

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—文集 IV.

①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 099072 号

图书出品人:刘海涛

出版统筹:乔先彪

责任编辑:庞从容 程王刚

书名/ 中山大学法律评论(第14卷第3辑)

作者/ 谢进杰 主编

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010) 63056975 63292520

<http://www.npcpub.com>

E-mail:flxs2011@163.com

经销/ 新华书店

开本/ 16开 710毫米×1000毫米

印张/ 16.5 字数/ 250千字

版本/ 2017年8月第1版 2017年8月第1次印刷

印刷/ 北京天宇万达印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-1499-2

定价/ 45.00元

出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

中山大学法律评论

Sun Yat-sen University Law Review

第14卷·第3辑 Vol. 14, No. 3 (2016)

主 编 谢进杰

编 辑 巢志雄 陈毅坚 丁建峰 董淳铎 杜 金 梁丹妮

廖艳斌 刘 诚 毛 玮 王承志 杨 彪 张 亮

编 务 陈 好 邓慧筠 钟旭茵

学术委员会

郭天武 黄建武 黄 瑶 李 扬 李挚萍 刘 恒 罗剑雯

刘 忠 马作武 慕亚平 聂立泽 任 强 王红一 谢进杰

谢石松 谢晓尧 徐忠明 杨 彪 杨 鸿 杨建广 杨小强

于海涌 张 亮 张民安 周林彬

邮 箱: sysulawreview@126.com; lawrev@mail.sysu.edu.cn

网 址: <http://law.sysu.edu.cn/research/research8/1>

地 址: 中国广州市新港西路135号 邮 编: 510275

微 信: SUSYLawReview

微 博: 新浪“中山大学法律评论” 博 客: <http://sysulr.fyfz.cn>

主 办 中山大学法学院

襄 助 中山大学法学院方圆学术基金

组 编 中山大学法学理论与法律实践研究中心

中山大学司法体制改革研究中心

中山大学法学实验教学中心

目 录

主题研讨：利益、风险与诉讼救济

- 003 未遂危险的判断 / 李瑞杰
- 022 利益分析视角下的孤儿作品使用制度 / 关韬睿
- 037 输入法软件混淆搜索结果行为的反不正当竞争法分析 / 朱静洁
- 052 网络安全审查的制度构建 / 申屠良瑜
- 070 法国准用益权：消耗性财产上的特殊用益权 / 赵希璇
- 084 国际银团贷款协议：关键条款的起草与协商 / 马丁·纳威斯 王静宜
- 105 我国民事诉讼中的拘传制度检讨
——兼评《民诉法解释》第174条 / 占善刚 施 瑶
- 118 借鉴争点效理论完善我国预决效力条款之路径
——以《环境民事公益诉讼解释》第30条为视角 / 刘天宇
- 135 反行政垄断诉讼与行政诉讼的客观化 / 廖丽环

论文

- 165 价值冲突与效率危机:我国刑事证据制度的转型 / 万 旭

评论

- 191 罚金易科自由刑制度的思与辨
——兼论罚金执行问题的中国语境 / 马永强

争鸣

- 215 困顿与出路:隐瞒性取向婚姻的法律思考 / 何 剑

阅读经典

- 243 从专利社会契约论角度重新审视专利制度
——评彼得·达沃豪斯《知识的全球化管理》 / 李洁琼

Table of Contents

Symposium

Interest, Risk and Remedy of Litigation

- 003 Judgment on the Dangerousness of Attempted Criminal / *Li Ruijie*
- 022 On the Utilization Mechanism of Orphan Works / *Guan Taorui*
- 037 Input Software Confuse Searching Results Behavior Analysis of the
Anti-unfair Competition Law / *Zhu Jingjie*
- 052 The Building of the Central Cyber-security Inspection
System / *Shentu Liangyu*
- 070 The Quasi Usufruct In French: A Special Usufructuary Right on
Expendable Property / *Zhao Xixuan*
- 084 Drafting International Style Syndicated Loan
Agreements / *Martin Navias & Wang Jingyi*
- 105 The Review of the Summon by Force System in Our
Country's Civil Action
——Comments on the Article 174 of the Interpretation of
Civil Procedure Law / *Zhan Shangang Shi Yao*
- 118 The Analysis of Improvement on the Article of Pre-definitive
Effectiveness with the Theory of Issue Preclusion Validity
——In the view of the Article 30 of the Interpretation of
Environmental Public Interest Lawsuit / *Liu Tianyu*
- 135 Administrative Anti-Monopoly Litigation and the Objective of
Administrative Litigation / *Liao Lihuan*

Articles

- 165 Value Conflicts and Efficiency Crisis—A Transformation of Criminal Evidence System in China / *Wan Xu*

Comments

- 191 The Research of Criminal Fine Exchanging Free Institution
——As well as the Domestic Context of Chinese Criminal Fine Enforcement / *Ma Yongqiang*

Academic Debate

- 215 Dilemma and Outlet: Legal Analysis on Concealing Sexual Orientation in Marriage / *He Jian*

Reading of Classic Works

- 243 A Review of the Patent System Based on the Patent Social Contract Theory
——Review of THE GLOBAL GOVERNANCE OF KNOWLEDGE,
by Peter Drahos / *Li Jieqiong*

主题研讨

Symposium

利益、风险与诉讼救济

Interest, Risk and Remedy of Litigation

未遂危险的判断

李瑞杰*

【提 要】 犯罪未遂作为直接故意犯罪过程中的一个阶段,其表现为“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”这一现象。结合我国刑法关于故意犯罪与犯罪未遂的规定,不难发现,成立未遂犯,判断对象是行为人所认识的事实,判断标准是行为时的科学的判断。从形式上看,犯罪未遂是行为符合犯罪构成,但又不充足犯罪构成的形态;从实质上看,犯罪未遂是行为人在直接追求犯罪结果中,主观罪过未能充分展开的状态。

【关键词】 着手 罪过 未遂 危险 判断对象 判断标准

从前的一切唯物主义(包括费尔巴哈的唯物主义)的主要缺点是:对对象、现实、感性,只是从客体的或者直观的形式去理解,而不是把它们当作感性的人的活动,当作实践去理解,不是从主体方面去理解。因此,和唯物主义相反,能动的方面却被唯心主义抽象地发展了,当然,唯心主义是不知道现实的、感性的活动本身的。

——马克思^[1]

犯罪未遂的概念,一方面,是透过有无出现实害的结果与既遂犯罪进行基本之区别;另一方面,未遂犯与不能犯^[2]相区分是主观违法论与客观违法论的分水岭,可谓不法理论的试金石。近年来,在我国刑法学界之主流

* 西南政法大学法学院学生,研究领域为刑事法学,E-mail:hunanliruijie@sina.com。本文的修改,从陈忠林教授与审稿专家处获益不少,特此感谢。

[1] 《马克思恩格斯选集》(第1卷·第二版),北京:人民出版社,1995年,第54页。

[2] 在本文的语境中,不能犯即是不构成犯罪未遂(可能成立预备犯或其他犯罪),而不是不能未遂。在判断不能犯与未遂犯的问题上,多数学者将其置于犯罪形态之中讨论,也有一部分学者将其置于着手的认定之中分析,由于本质上并无二致,为了行文上的便利,本文遵从通说的观点。

主张,已经由抽象危险说向具体危险说进行了转移,其中代表性的观点认为:

具体危险说既符合现代刑法的机能定位(法益保护、行为规训等)与规范属性(裁判规范与行为规范),亦符合社会生活通念,能够为社会一般人所接受,更容易被司法实践所接受,并且与世界多数国家的立法、司法与学理的结论基本一致。采纳具体危险说,才能适当地界定可罚的未遂犯与不可罚的未遂犯,既避免抽象危险说主观主义的倾向以及对于不可罚的不能犯抽象肯定而具体否定的局限,也防止客观危险说自然主义的倾向以及过于扩张不可罚的不能犯范围甚至把所有的未遂犯都认定为不能犯的弊端。因而,关于客观危险说与具体危险说之争,宜采具体危险说。^{〔1〕}

但是,众所周知,由纯粹的客观违法论,只能推论出客观危险论。例如,根据奥地利刑法第15条第3项的规定,对于行为无危险的不能行为,也是采取不构成犯罪的立场。日本、意大利、西班牙等国,虽未于刑法典中明文规定之,但是彼邦审判实践与刑法学理亦基于客观未遂论,一致认为不构成犯罪。我国台湾地区“刑法”第26条,也予以了承认。由此可见,上述论者所持的理由,其实并不充分。因为,德国刑法理论之不能犯,存在一个从客观说向较为主观的印象说过渡的过程;东邻扶桑,司法实务上较为通行的是具体危险说,学说理论上的有力观点则是客观危险说。在我国台湾地区“修法”之前,对不能犯的处罚,在立法规定上也是与德国较为接近。在“修法”以后,尽管刑法学界不少学者(主要是留德学者)纷纷撰文批评之,但是,不可否认,其目前也经历了一个由主观化向客观化的转向。不难看出,对不能犯的研究,不能脱离刑法条文。^{〔2〕}

有鉴于此,笔者拟就此问题,展开一定的讨论。不过,笔者之主张,既不同于抽象危险说与具体危险说,也有别于客观危险说。本文立足于我国刑法关于故意犯罪与犯罪未遂之规定,经过法教义学之分析,认为根据我国刑法,成立未遂犯,判断对象是行为人所认识的事实,判断标准是行为时的科

〔1〕 梁根林:《未遂犯处罚根据论:嬗变、选择与检验》,《法律科学》2015年第2期。

〔2〕 参见陈兴良《不能犯与未遂犯——一个比较法的分析》,《清华法学》2011年第4期。

学的判断。从形式上看,犯罪未遂是行为符合犯罪构成,但又不充足犯罪构成的形态;从实质上看,犯罪未遂是行为人在直接追求犯罪结果中,主观罪过未能充分展开的状态。

一、未遂犯处罚根据论

刑法学理上一般认为,处罚未遂犯是刑罚的前置化,笔者对此不以为然。^{〔1〕} 笔者以为,无论是过失犯,还是间接故意犯,都有行为。^{〔2〕} 只要行为侵害了法益,就可能被纳入刑事制裁的视野。犯罪过程中,直接故意犯罪嫌疑人较之于间接故意犯罪嫌疑人、过失犯罪嫌疑人,所体现出来的罪过大小,即与法秩序根本对立的程度,有过之而无不及。因此,出于刑罚谦抑原则与刑事政策的考虑,我们才收缩刑事法网。

由于犯罪的本质是侵害法益,因此,不少学者认为,“行为侵害法益的程度决定刑罚的上限”,刑罚之加重必须由于侵害法益的程度加重,不得以主观恶性、人身危险性等主观因素为由从重甚至加重处罚。^{〔3〕} 但是这很值得商榷。

首先,它无法回答为什么对于行为侵害法益程度相当的犯罪行为,其刑罚呈现巨大鸿沟?

如,对于故意犯罪与过失犯罪而言,诚然,过失犯罪人比故意犯罪人的人身危险性更低,但是这只能说明,我们应当给过失犯罪配置更低的最低法定刑。不过,如果彻底贯彻客观主义之行为侵害法益程度决定刑罚的上限,那么故意与过失应规定相同的最高法定刑。但是,为什么立法者对于故意杀人与过失致人死亡配置的最高法定刑如此悬殊? 按理说应当一致。如,

〔1〕 相同见解,参见黄荣坚《基础刑法学》(下),北京:中国人民大学出版社,2009年,第308—309页。不过,黄荣坚教授认为,刑罚处罚的正当时间点本来就不是在于犯罪的既遂,而是在于犯罪行为本身。因此,与其说对于未遂犯的处罚是刑罚的前置化,不如说对于既遂犯的处罚是刑罚处罚的后置化。

〔2〕 不少学者也对此深表赞同。例如,牧野英一、木村龟二、久礼田益喜、团藤重光、大谷实、黄常仁、黄荣坚等。详细论述参见马克昌《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉:武汉大学出版社,2002年,第540页以下;张明楷:《外国刑法纲要》,北京:清华大学出版社,1999年,第266页。

〔3〕 目前,受益于罗克辛针对德国刑法第46条的罪刑关系的分析,耶赛克、山口厚、曾根威彦等人刑罚学说的引入,我国刑法学界对此已经形成共识。参见肖世杰《中德(日)量刑基准之比较研究》,《法学家》2009年第5期;张明楷《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》,《法学研究》2010年第5期。

业务过失与普通过失的处罚轻重不一,理由五花八门,现有的“理论上主要是从两个不同的角度来说明上述问题的,一是从业务人员有较高的注意义务来说明,二是从业务人员违反注意义务的严重程度来说明”。但是,既然“行为侵害法益程度决定刑罚的上限”,那么就没有理由设置不同的法定最高刑。如,犯罪既遂与犯罪未遂,侵害法益的程度应当是不同的,但是为什么采取未遂得减主义?^[1]如,累犯从重几乎是世界通例,而且尤为奇特的是,公认法治最为发达的美国却还有着“三振出局”的规定,依据所谓的客观主义的量刑规则,实在不知道法理基础何在?但是,显而易见,其具有相当的合理性,也符合人们的朴素正义观念。如,我国刑法中的赌博罪之规定。诚然,以赌博为业的人实施赌博行为,比个别的赌博行为累积侵害的法益更为严重。不过,更准确的解说,应当是这些赌博行为体现出行为人之主观罪过较大,与法秩序的敌对意识更深,如不处罚,即是“玩忽职守”。

笔者不否认,从形式上看,“未遂犯的刑罚理由并不在于行为人的主观意志,而是在于实现构成要件结果的危险,故未遂行为乃因其招致结果不法的高或然率,而应受刑罚的制裁”^[2],犯罪未遂是行为符合犯罪构成,但又不充足犯罪构成的形态。^[3]但是,这只能说明我们可以处罚未遂犯,没有说明我们为什么只可以处罚直接故意犯罪中的未遂犯。如后所述,只处罚直接故意犯罪之未遂犯,是因为其行为体现出了行为人的主观罪过较大,因而为了保障公民基本人权,维持社会根本法律秩序,不得已而为之。刑法的调整对象必须是行为,因此不评价主观尚未见之于客观的东西。行为是主观见之于客观的一系列过程,具有一定的主观能动性。主观如果能够构建客观,在客观世界中展开,就会造成危害。刑法禁止罪过的展开与实现,这也就是刑法的预防功能。

[1] 有学者认为,得减主义是主观主义与客观主义调和的产物。参见张明楷《外国刑法纲要》,北京:清华大学出版社,1999年,第267页。但是,既然客观主义犯罪论体系在欧陆刑法学界已经取得了普遍的共识,那么就不可能在量刑上还采取调和主义。

[2] 林山田:《刑法通论》(增订十版·上册),北京:北京大学出版社,2012年,第302页。

[3] 我国有学者指出,不能以刑法总则规定了犯罪的预备、未遂与中止,而没有规定犯罪既遂为由,认为刑法分则规定的犯罪以既遂为模式,犯罪构成也以既遂为模式,刑法总则又对犯罪构成进行“修正”……事实上,刑法总则是否规定犯罪既遂,只是立法技术问题,一些国家的刑法在总则中也规定了犯罪既遂。此论殊值赞同。参见张明楷《刑法学》(上),北京:法律出版社,1997年,第248页。

由此可见,所谓的客观主义的刑事责任的基础之论述,确有漏洞,不具有普遍的说服力。笔者认为,刑罚的轻重与罪过的大小相适应。当然,笔者不否认,罪过的大小,主要通过行为侵害法益的程度体现出来,但是不能仅仅停留于此。^[1]并且,这一结论还可以通过刑罚的目的予以证成。

贝卡利亚认为,“刑罚的目的既不是要摧残一个感知者,也不是要消除业已犯下的罪行……刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙”“预防犯罪比惩罚犯罪更高明”。^[2]边沁也指出,“惩罚的首要目的是防止发生类似的犯罪。过去发生的毕竟只有一个行为,而未来则未可限量。已经实施的犯罪仅涉及某一个人,类似的犯罪将可能影响整个社会。”^[3]

不过,不知为何,我国不少学者表示过对于报应刑的偏爱,有学者指出,报应是刑罚的目的之一,并且认为,报应作为刑罚的目的,体现了社会正义观念。^[4]尽管报应刑与目的刑都是刑罚存在的根据,但是报应刑无论如何都不是刑罚存在的目的,更不是理性自觉的产物,报应刑充其量只是刑罚与生俱来的一种属性。“把惩罚犯罪视为刑法的目的,就如同把吃饭说成是用餐的目的一样,没有任何实际的意义。”^[5]报应刑对于犯罪行为事后的坦白、自首、认罪影响刑事责任的轻重无法解释,至于假释、减刑等更加难以自圆其说。^[6]

就刑罚而言,从形式上看,刑罚就是犯罪的法律后果;从实质上看,刑

[1] 或许,这与功能责任论有一定的异曲同工之处,当然,彼此之间还是有着很大的不同。功能责任论之介绍,参见冯军《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》,《中外法学》2012年第1期;王钰:《功能责任论中责任和预防的概念——兼与冯军教授商榷》,《中外法学》2015年第4期。

[2] [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第42、104页。

[3] [英]边沁:《立法理论——刑典原理》,孙力等译,北京:中国人民公安大学出版社,1993年,第26页。

[4] 参见陈兴良《刑法哲学》,北京:中国政法大学出版社,1992年,第356—357页。

[5] 张智辉:《理性地对待犯罪》,北京:法律出版社,2003年,第8页。报应刑的更多缺陷,参见邱兴隆《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》,北京:中国政法大学出版社,1998年,第186页。

[6] 虽然行为人的主观罪过没变,但是“往者不可谏,来者犹可追。”刑罚适用在于教育,不光教育罪犯,也教育普通公民,就是教育行为人不要下次还产生罪过,就是教育公民不要产生罪过。行为人已经从行为中吸取了教训,主观罪过就得到了一定程度的改造,当然就可以从轻或者减轻处罚。犯罪是社会的某些病态的体现,刑种与刑期是司法机关给社会治病开出的一剂药方。尽管“病人”没有达到“住院”预计所需的期限,但是如果其好得快了些,自然也就可以通过减刑早点“出院”,或者可以通过更好的方式如假释来“治疗”。

罚就是对犯罪的报应。笔者不否认,刑罚根源于人类朴素的心理情感。但是,一旦产生刑罚之后,人们就不得不思考:如何才能恰当地运用刑法?如果将惩罚犯罪作为刑法的目的,那么刑法的目光也就狭隘地只关注于定罪判刑。但是事实上,人们评价刑法的优劣还需要考量刑法对于犯罪的预防效果。

耶林曾言,“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害。”^{〔1〕}刑罚如欲恰当运用,就必须在如何利用刑罚有效预防犯罪上下功夫。刑罚不是盲目地对犯罪行为实施“冲动性报应刑”,而是理智地对犯罪行为实施“意识性目的刑”,在其中强调教育刑,充分发挥刑罚的教化与改善犯人的功能。没有一个聪明的人惩罚别人是因为他犯过错误,而是为了他不再犯错误,为了别人不再像他一样犯错误。刑罚的本质是报应,刑罚的目的是预防。处罚直接故意犯罪中的未遂犯,是因为其罪过较大;刑罚如果不施行于未遂犯,整个根本法秩序将随之崩溃,可谓不得已而为之。

处罚犯罪,可以救赎失去的正义,可以扭转犯罪人的危险性格以防卫社会,可以告诫潜在的犯罪人毋行不义之事,可以强化公民遵从刑法规范的意识与自觉性。可见,刑法无非是通过刑罚均衡犯罪的恶害,对犯罪施以报应,进而预防犯罪而已。^{〔2〕}行为人的行为选择虽然受社会环境乃至自然环境的影响,但是依然由自由的意志去决定。刑法评价的对象,既不是行为之客观面以及行为侵害法益的高低(客观主义),也不是行为人反社会的性格(主观主义);刑罚之轻重不依赖于违法行为之轻重判断(行为主义),也不依赖于行为人之社会危险性格的程度(行为人主义)。^{〔3〕}国家刑罚权的最终作用对象是主观罪过;刑事司法依据主观罪过的内容定罪,考量主观罪过的影响因素与实现程度。在体系上,犯罪与刑罚是刑事责任的支柱,不能将刑事责任作为连接犯罪与刑罚的桥梁,而应将刑事责任作为贯穿犯罪与刑罚的线索,甚至可以说,罪过作为刑事责任的核心内涵打通了刑法学的任督二脉,让犯罪过程前后的事实因素紧紧附着于犯罪事实部分,使其合

〔1〕 耶林语,转引自林山田《刑罚学》,台北:台湾商务印书馆,1985年,第127页。

〔2〕 相同见解,参见 Baumann/Weber/Mitsch, StrafrechtAT, 10. Aufl., 1995, S. 565。转引自林东茂:《肇事逃逸——评“高等法院”2000年交上訴字第9号判决》,载林东茂《一个知识论上的刑法学思考》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第10页。

〔3〕 这里涉及犯罪论以及刑罚论上学派之争,参见陈子平《刑法总论》(2008年增修版),北京:中国人民大学出版社,2009年,第22页。

理地进入刑罚的评价范围,并且将刑法学的有益智识资源运用到犯罪学领域,使得犯罪学的研究也紧密围绕罪过的产生、发展与消亡展开。

二、危险的判断对象

依据我国刑法第14条与第15条规定,主观罪过是刑事责任的基本根据。^{〔1〕}没有主观罪过,就没有刑事责任;具有主观罪过,就应当负刑事责任。值得说明的是,罪过本身是主客观的统一体,主观罪过只可能存在于犯罪之中,并不是一个人想着杀人,其任何举动都可以被评价为故意杀人之行为。故意犯罪必须有“希望或放任”的行为。^{〔2〕}苏俄学者指出:“犯罪就是有罪过的行为。”^{〔3〕}犯罪故意的成立在认识要素上,一方面需要对“自己的行为会发生危害社会的结果”有明确认识(认识上);另一方面还需要真实存在这种联系(事实上),否则根本谈不上“因而构成犯罪”,二者缺一不可。如果具备二者,并且也伴随了“希望或放任”的举动,就是“故意犯罪”,也就“应当负刑事责任”。也就是说,罪过的成立,行为人仅主观上有引起犯罪结果的意图或者愿望还不够,还要求其所实施的行为是法律所规定的犯罪行为,实际上也具有发生危害结果的现实危险。所谓的不能犯,是指按照个人意志,完全展开自己计划或意欲进行的行为,但客观上根本不可能造成危害结果的发生,而使得犯罪目的不能达到。从根本上看,这一过程表现为人的认识不能见之于客观,自以为明知,但实际上由于违反客观规律,完全不会见之于客观。尽管按其主观内容展开,但是不会造成危害后果。

特别需要重视的是,“明知自己的行为会发生危害社会的结果”这一表述,已经清晰地表明了行为人必须是明知自己的行为会发生危害社会的结果。明知的内容,不是本文的研究重点。这里仅明确三点,首先,行为人须知道自己的行为会引发危害社会的结果。例如,行为人知道最近一段时间

〔1〕 本文中指称之罪过,以故意犯罪为例,为“明知自己的行为导致(事实上是构成犯罪的行为)……结果发生”的心态。

〔2〕 我国有学者认为,主观罪过被视为犯罪构成的核心,是行为人承担刑事责任的唯一根据,这是主观主义。其实是一个美丽的误会。参见周光权《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》,《法学研究》2013年第4期。

〔3〕 [苏]苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》(下卷),彭仲文译,上海:大东书局,1950年,第67页。