

犯罪形态

研究系列

1

不能未遂犯 研究

郑军男 著

中国检察出版社

不能未遂犯研究

郑军男 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

不能未遂犯研究/郑军男著. —北京: 中国检察出版社, 2005. 7

ISBN 7 - 80185 - 436 - 5

I. 不… II. 郑… III. 刑事犯罪—刑究—中国

IV. D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 076234 号

不能未遂犯研究

郑军男 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 10. 625 印张

字 数: 290 千字

版 次: 2005 年 8 月第一版 2005 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 436 - 5/D · 1413

定 价: 25. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

总 序

犯罪形态是刑法理论中重大而深邃的研究课题，其研究状况不仅能够反映刑法理论的发展程度，而且往往直接关涉司法实践中刑事个案的法律适用。犯罪形态的研究虽然颇为重要，理论界也给予了一定的关注，但在研究范围上尚未充分展开，理论内容上除少数犯罪形态研究较为深入而外，大多还比较薄弱，有相当数量的犯罪形态甚至还没有进入研究视野。特别值得提出的是，犯罪形态究竟意指何物，学术界亦未作深入探讨。这就为犯罪形态的研究提供了很大的空间。

所谓“形态”，在汉语语义上是指事物的存在状态或者存在形式。而犯罪形态，简单说来可以理解为犯罪的样态或者存在类型，它可以是行为类型，如自手犯、不作为犯；也可以是结果类型，如结果犯、危险犯；还可以是罪过类型，如过失犯、故意犯；可以是停止类型，如中止犯、未遂犯；也可以是共犯类型，如必要共犯、片面共犯；还可以是罪数类型，如想象竞合犯、结果加重犯；如此等等，不一而足。

然而，对于犯罪形态的定义不应只停留在简单的字面意义上，而应以犯罪构成为中心来认识犯罪形态。从这样一个前提出发，我们认为犯罪形态的严格含义，是与定罪量刑有关的犯罪构成特定特征的类型化样态。它既不是刑法分则规定的个罪，也不

是任何法定类罪（如金融诈骗罪）或者学理类罪（如货币犯罪），而是根据一定的标准对具有特定共性的犯罪进行相应概括形成的样态类型。它既是各种具体犯罪的抽象和升华，又是刑法一般原理的深入和展开，是犯罪总论与各论错综交织、有机结合、样态繁复的结晶体。

犯罪形态在研究范围上是相当广泛的。大陆法系的刑法理论中几乎已经约定俗成的就有几十种。这些犯罪形态中大多是常见的，而且如前所述国内有些学者对有的常见性犯罪形态已有了较深入的研究，本《丛书》中收集的大多是关于常见性犯罪形态的研究。还有少部分犯罪形态，国内外刑法学界研究较弱，如以是否危及国家安全为标准而划分的国事犯、混合犯等；以行为人主观心理状态为标准而划分的倾向犯、表现犯等。本《丛书》虽有部分非常见性犯罪形态的研究论著，但数量较少，如不能未遂犯、复行为犯的研究。这固然与国内外的理论研究现状有关，也因有的犯罪形态作为研究论著尚嫌题目过小。除此而外，本《丛书》中还有一定数量的论著，是以我们自己概括出来的一些犯罪形态为研究对象的，如过当犯、假想犯、过限犯。这些犯罪形态的研究在国内刑法学界是开创性的，在大陆法系刑法理论中也是前所未见的。但我们认为，国内外刑法理论中未见的，未必就是不当。数额犯、情节犯等概念，过去国内外刑法学界也未曾见，但是国内刑法学界现已几乎尽人皆知，并被普遍接受。所以问题在于犯罪形态是否可以理解为犯罪的样态或存在类型，以及过当犯、过限犯等究竟是不是不同的犯罪样态或存在类型。现在，我们将这类研究论著收入《丛书》中，也有敬请同行赐教之意。

犯罪形态理论还有个自身的体系问题。为了便于研究，我们在本《丛书》中对于具有一定共性特征的犯罪形态进行了必要的梳理和分类。在此过程中，我们借用了陈兴良教授提出的罪体和罪责概念，将可以列入客观方面的犯罪形态归为罪体形态，将可以列入主体和主观方面的犯罪形态归为罪责形态，然后将普遍

认可的停止形态、共犯形态和罪数形态与之相提并论。此外，在逻辑上还应当为难以列入前五类的犯罪形态留下一定的空间，如亲告犯等，这一类暂其名曰其他形态。这样，就形成了一个罪体形态、罪责形态、停止形态、共犯形态、罪数形态、其他形态六大门类的犯罪形态理论体系。这种体系的建构也是尝试性的，尚祈学界同仁评说。

深入地、系统地研究犯罪形态理论是我多年的学术夙愿。何鹏教授在我国老一辈刑法名家中是以研究外国刑法与比较刑法见长的。我是何鹏教授硕士生和博士生的开门弟子，对犯罪形态的研究兴趣，始自何鹏教授的“传道、授业、解惑”。师恩不忘，古之名训，吾之永志。如果说1980~1983年的硕士生阶段我对犯罪形态还仅仅是初始性了解，则1986~1990年的博士生阶段我对犯罪形态已有了细化性认识。1996年我曾申请去武汉大学法学院博士后流动站从师于马克昌教授，当时申报的研究计划即为“犯罪形态论”，这个研究计划曾得到马克昌教授的首肯。虽然由于特定的客观原因我的进站申请未果，但一是对马克昌教授为此而做的努力，特别是他老人家对我的学术成长一直热切关怀，晚生始终铭记在心，终生难以忘怀；二是这个研究计划虽然没有实施，但却奠定了我研究犯罪形态的思想基础。

其后，我所指导的研究生，凡理论功底和研究功底好，又对刑法理论研究有兴趣的，大多是从我的“犯罪形态论”（提纲）中选择毕业论文题目，从而使我指导的研究生在研究内容上也多多少少地形成了一点学术风格。这也算是为今天本《丛书》的出版打下了一点点的客观基础。

为了保证本《丛书》的质量，2002年下半年我们曾就《丛书》原写作计划征询了国内诸多刑法专家的意见，其中不少专家学者给予口头答复或书面函复，如北京大学的陈兴良教授，清华大学的张明楷教授，中国政法大学的梁华仁教授、侯国云教授，中国人民公安大学的李文燕教授，武汉大学的莫洪亮教授等。他（她）们在对本《丛书》出版计划给予高度评价的同时，

也提出了宝贵的意见，并推荐了一些博士生和年轻的刑法学者加入到本《丛书》的作者队伍中。这也是本《丛书》作者从校内扩展到国内的重要原因。

为了保证本《丛书》的质量，2003年8月，由吉林大学法学院博士点牵头，与国内部分高校的部分著名刑法学家齐聚北京，正式宣布《犯罪形态研究系列丛书》编委会成立。这里特别需要说明的是，以陈兴良教授、张明楷教授刑法名家的地位而能屈尊在本《丛书》中担任副主编，同学术成果丰硕、学术造诣深邃而在国内刑法学界享有盛誉的邱兴隆教授、谢望原教授、刘明祥教授、曲新久教授、陈忠林教授，却在本《丛书》中屈尊担任一般编委，这不仅使本《丛书》增添了光彩，也必将使本《丛书》扩大影响，是本人之幸，也是本《丛书》之幸。

为了扩大大《丛书》的社会效应，在吉大法学院的大力支持下，我们还在中国人文社会科学核心期刊《法制与社会发展》杂志上开辟了《犯罪形态研究》专栏，该杂志自2002年第4期始，不定期地刊载研究犯罪形态的专题文章，现已发表十几篇。

为了扩大大《丛书》的社会效应，2005年3月，我们还出版了《犯罪形态研究精要》（上、下册），以此作为本《丛书》的序曲，并申请后头大戏即《犯罪形态研究系列丛书》。

80年代以来，我国刑法理论获得长足发展，现今已是姹紫嫣红。与此同时，一些研究犯罪形态的专著也已陆续出版，如80年代的专门研究未遂犯、教唆犯、故意犯和过失犯的专著；90年代专门研究危险犯、行为犯、间接正犯、预备犯的专著；最近几年专门研究不能犯、持有犯、身份犯、帮助犯、结果加重犯的专著；而且，其中有几本就是我和我所指导的硕士生或博士生的论著。这些专著的陆续问世，反映的并不仅仅是犯罪形态研究的状况，主要的是反映了犯罪形态的深入研究及刑法理论发展之必然这样一种态势。换句话说，它与刑法理论的深入发展是相伴而行的，甚至在一定的意义上说，也是刑法理论深入发展的一个标志。文章大家写，何必限一人。同样的题目或者同样内

容的题目，出版几部不同的专著，这不仅是学术争鸣的需要，也是学术繁荣的表现。为此，已经问世的犯罪形态研究专著，虽然题目与本《丛书》相同，但只要谋篇布局、基本内容和观点论证有着较大差别的，我们仍作为本《丛书》之一列入出版计划。

对于本《丛书》的撰写，我们力求体现如下三个特色：

一是小题目与大规模相结合。本《丛书》的写作采用小题大做的方式，各个专题基本上是定位于末级犯罪形态，题目小，资料少，难度大。但是，《丛书》是按30本构设，每本20万字左右，总计约600万字，分三年陆续完成并出版，也称得上是鸿篇巨制。

二是创新性与深入性相结合。本《丛书》的部分专题系国内外刑法理论中前所未论，具有开创性，大部分专题在国内外的刑法著述中虽曾论及，但仅一带而过，未曾展开。而这些专题的研究要达到本《丛书》的篇幅要求，是必须依托于深入性的。换句话说，本《丛书》的每一个专题只有将创新性和深入性结合起来，才能完成撰写任务。

三是理论性与实用性相结合。本《丛书》的理论性已不言自明。其实用性则体现在《丛书》的每一本都有结合分则或实践进行研究的内容，这是由犯罪形态本身就具备刑法总论与各论错综交织的天然特征所决定的。

近些年来，中国检察出版社为繁荣和发展我国法学特别是刑法学的研究，已陆续出版了大量学术专著，贡献不菲。也许正是基于这种学术青睐，中国检察出版社对于本《丛书》给予了大力支持。借此机会，我本人并代表编委会对该社、该社的安斌编审及其他责任编辑致以由衷的谢意。

在本《丛书》业已付梓之际，略赞数语，是为总序。

吴振兴

2005年5月26日于深圳

序

悉郑军男同志的博士论文《不能未遂犯研究》即将由中国检察出版社出版，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。

不能未遂犯亦称做不能犯未遂，是大陆法系刑法学理论首先创立的一种犯罪形态。它由于关涉未遂犯的处罚根据、着手实行和“危险性”概念等问题，而成为大陆法系和英美法系刑法理论的研究焦点。尤其在德日刑法理论中，由于客观主义论者主张不能未遂犯不可罚，因而导致学者之间就如何正确区分不可罚的不能犯未遂与可罚的未遂犯的激烈纷争，出现了诸说争讼的局面，可谓仁者见仁、智者见智。相反，我国传统刑法理论在关于不能未遂犯的问题上，一直坚持其是未遂犯之一种类型的观点，而且也想当然的认为不能未遂犯具备承担刑事责任的实质根据，这一点已成为我国传统刑法理论上的一个基本常识。直至近年来，国内有学者开始借鉴德日刑法理论对不能未遂犯问题展开了深入研讨，并对我国传统刑法理论的观点进行了批判。这些都为发展我国刑法学中的不能未遂犯理论起到了积极的作用。但这些研究从总体上看尚缺乏系统性。应该说不能未遂犯理论的研究在我国刑法学界还是一个十分薄弱的环节。有鉴于此，郑军男同志以《不能未遂犯研究》为博士论文的选题，具有十分重要的理

论意义和实践意义。作者潜心钻研,深入思考,迎难而上,孜孜不倦,终成专著,显示出其深厚的理论功底和可贵的探索精神。

本书在充分吸取国内外刑法学界相关研究成果和答辩委员会提出的合理建议基础上,运用比较研究方法和历史研究方法,不仅对不能未遂犯理论自身进行了微观层面上的研究,而且透过不能未遂犯理论对其背后所隐含的重大的刑法基础理论问题也进行了宏观层面上的研究。多种研究方法和多种研究层次相结合,对不能未遂犯开展系统的研究是本书的最大特点。本书首先就不能未遂犯这一微观问题比较考察了大陆法系国家和英美法系国家及我国的理论现状和目前的立法规定,为全面、系统地探讨不能未遂犯构筑了一个宽阔的理论平台。在此基础上,作者不仅运用语义分析方法详尽地分析了各国刑法理论关于不能未遂犯的概念内涵,而且还率先提出了“着手实行性”、“既遂不能性”和“行为危险性”三个不能未遂犯的构成特征。更为重要的是,作者在探求不能未遂犯的实质处罚根据时,并不囿于我国传统理论的看法,而是运用“规范理论”详细论证了不能未遂犯刑事违法性的实质内容,同时指出我国传统刑事违法论的最大理论缺陷就是“规范论”的缺失。在危险性问题上,作者不仅细致地分析了危险性概念的不同内涵及在刑法上的意义,而且对我国为何没有形成类似于德日刑法理论中关于“危险性判断构造”的争论的理论原因,从建构犯罪构成体系的方法论角度和法诠释学角度进行了深入地剖析。从而在宏观的刑法基础理论上为不能未遂犯的认定探求了坚实的理论基石。本书紧紧围绕不能未遂犯的核心问题和争论之处展开比较研究和深入分析,资料丰富,旁征博引,说古论今,论点明确,论证有力,大胆探索,立意新颖,是一部高质量的学术专著。

当然,本书也难免存在一些不足之处。例如,作者关于不能未遂犯性质的论述尚欠充分,在不能未遂犯的认定上,也缺乏实例的佐证和分析,这都将会影响不能未遂犯理论在实践中的运用。好在作者正在高校工作,并决心在学术的道路上继续走下

去，这些问题当可日后完成。也希望郑军男同志在今后的学术研究中再接再厉，在更多的理论难题上有所建树，取得更多的研究成果。

吴振兴

2004年11月

不能
未遂
犯研
究



目 录

CONTENTS

序	(1)
绪论	(1)
第一章 不能未遂犯研究概览	(5)
第一节 各国立法规定及理论现状	(5)
一、大陆法系国家的立法规定及理论现状	(5)
二、英美法系国家的立法规定及理论现状	(29)
三、我国的立法规定及理论现状	(39)
第二节 不能未遂犯的概念及性质	(42)
一、不能未遂犯的概念	(42)
二、不能未遂犯的性质	(49)
第二章 不能未遂犯的构成特征	(51)
第一节 不能未遂犯特征概述	(51)
第二节 不能未遂犯特征 (1) ——着手实行性	(55)
一、外国立法规定之简介	(57)
二、外国学说争论之鸟瞰	(59)
三、我国理论现状之评析	(68)
四、笔者见解之理论阐述	(72)
第三节 不能未遂犯特征 (2) ——既遂不能性	(82)
一、既遂不能性的理解	(82)
二、既遂不能性的原因	(86)
(一) 手段错误	(87)

(二) 对象错误	(91)
(三) 主体错误	(95)
第四节 不能未遂犯特征(3)——行为危险性	(98)
第三章 不能未遂犯的处罚根据	(100)
第一节 国外主观未遂理论介评	(101)
一、主观未遂理论的历史考察	(101)
二、现代主观未遂理论之探议	(106)
第二节 国外客观未遂理论述评	(114)
一、客观未遂理论的历史渊源	(114)
二、现代客观未遂理论之探析	(119)
第三节 我国刑法中的处罚根据理论浅议	(128)
一、我国未遂理论之概说	(129)
二、我国未遂理论之浅析	(131)
第四节 不能未遂犯实质处罚根据的探求	(137)
一、不能未遂犯刑事违法性的实质内容(一) ——社会危害性	(137)
二、不能未遂犯刑事违法性的实质内容(二) ——行为危险性	(150)
第四章 不能未遂犯中的危险性概念	(167)
第一节 行为人的危险性与行为(广义)的危险性	(167)
一、行为人的危险性	(167)
二、行为(广义)的危险性	(174)
第二节 行为(狭义)的危险性与结果的危险性	(176)
一、行为(狭义)的危险性	(176)
二、结果的危险性	(181)
第三节 抽象的危险性与具体的危险性	(187)
一、抽象的危险犯和具体的危险犯	(188)
二、未遂犯与抽象危险性、具体危险性	(201)
第四节 主观的危险性与客观的危险性	(206)
一、刑法中“主观性”与“客观性”的内涵	(207)
二、刑法中“主观危险性”与“客观危险性”辨析	

.....	(213)
第五章 危险性判断构造理论前提探究	
——不能未遂犯基础论	(220)
第一节 危险性判断构造理论的方法论探索	(221)
一、德日犯罪论体系的价值取向	(222)
二、德日犯罪论体系的思维方式	(227)
三、我国犯罪论体系的方法论基础	(231)
第二节 危险性判断构造理论的法诠释学分析	(239)
一、寻求刑法解释客观性的方法 (一)	
——文义解释方法	(241)
二、寻求刑法解释客观性的方法 (二)	
——目的论解释方法	(245)
三、寻求刑法解释客观性的内容	
——合法性与正当性	(251)
第六章 危险性判断构造理论内容评析	
——不能未遂犯认定论	(257)
第一节 抽象危险说之倾向	(258)
一、抽象危险说之基本主张	(258)
二、抽象危险说之理论倾向	(263)
三、抽象危险说之理论评析	(272)
第二节 客观危险说之异议	(277)
一、客观危险说之主张	(277)
二、客观危险说之异议	(283)
第三节 具体危险说之提倡	(288)
一、具体危险说之内容	(288)
二、具体危险说之适用	(295)
三、具体危险说之提倡	(298)
绪论	(304)
参考文献	(306)
后记	(317)

绪 论

不能未遂犯作为近代刑法客观未遂理论的产物，自其诞生之日起就一直受到国外理论界的关注，甚至有些国家的司法判决直接运用不能未遂犯理论或肯定案件事实的可罚性或给予否定。不能未遂犯理论已经成为世界为数不少国家的司法判决理由。在我国现行刑法中，并没有关于不能未遂犯的明确规定。不能未遂犯概念在我国只是作为一种理论形态而存在着。而且，我国通论观点一直认为不能未遂犯是未遂犯的一种类型，具有可罚性。这一观点甚至在新刑法颁布后出版的诸多刑法教科书当中也同样保留了下来。可以说，当国外理论界为不能未遂犯是否具有可罚性问题展开激烈争论甚至达到白热化程度时，我国刑法理论却在近20年的发展过程中在不能未遂犯问题上保持了相当高的一致性，“不能未遂犯具有可罚性”这一基本立场决不容动摇。然而，正是这种高度一致性所带来的理论的绝对权威，使我们的理论界从不曾怀疑也不能怀疑此立场的合理性。这也逐渐导致此立场成为学者们心目中的一个理论常识，以致学者们渐渐忽略了不能未遂犯概念在刑法理论中的重要意义。这一点，只要我们打开刑法教科书看一下关于不能未遂犯的寥寥几百字的描述，就能够得到证实。有人说，理论是需要争鸣的，但理论更需要反思。“我们的时代是一个反思的时代，崇尚思辨应该成为这个时代的特征。刑法学如欲无愧于这个时代的重托与厚望，必须提高自身的理论层次，引入哲学思维，使刑法的理论思辨成为对时代本质的思维，

与时代变革的脉搏跳动合拍”。^①

二

在 19 世纪初叶，德国刑法学者费尔巴哈创建客观未遂理论并提出不可罚的“不能犯未遂”概念以来，西方理论界就从来没有停止过关于“不能犯未遂”可罚性问题的争论。在当时，费尔巴哈为反对封建法律的恣意性、干涉性等特点，保证法律的客观性，主张只有客观的、现实的行为通过物理作用破坏了他人的权利时，该行为才能够成为法律的惩罚对象。因此，费尔巴哈关注的不仅是客观权利的保护，而且还特别强调行为的客观属性与权利保护之间的关系。正是在对这一“关系”的理论论证当中，费尔巴哈运用了绝对的客观标准，致使刑法学至今无法摆脱如何确定“事实判断与价值判断之间界限”的困扰。费尔巴哈运用的绝对的客观标准就是，作为自然界所有现象之终极解释的“自然科学的因果法则”。因为，19 世纪上半叶，自然科学领域所取得的巨大成就，使人们确信自然科学的思维方式在社会科学中的运用，同样也能产生极高的成效和价值。所以，自然科学的思维方式被运用到社会科学当中，并且运用自然法则来解释一切社会现象。这样，根据自然的因果法则，行为在客观上不可能完成犯罪或侵害他人权利时，该行为因不具备法律上所要求的发生结果的“实在可能性”，自然也就不能成为法律的惩罚对象。因此，可以这样讲，不可罚的不能犯未遂概念产生的最主要原因就在于，把“自然的因果法则”上升为“法律的因果法则”，导致自然因果法则中的“实在可能性”概念成为法律规范评价中的“危险性”概念的核心。费尔巴哈的这种客观主义思想至今在日本刑法学界产生着巨大的影响。如日本学者大谷实教授就曾认为，“对侵害法益的可能性判断，是科学法则上的可能性判断，

^① 《刑法哲学》一书题记。陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1992 年 1 月版。

换言之，科学上的可能性与法律上的可能性具有不可分离的关系”。^①

针对费氏的观点，学者们开始反思：人们建构的规范的、价值的世界能否等同于物理的、客观的自然世界？对此，在刑法学领域中新康德主义的引入和机械决定论的盛行及刑罚预防功能的强调等等都为未遂理论主张“不能犯未遂”具有可罚性提供了坚实的理论基础。新康德主义认为，从事实判断中并不能推导出价值规范的内容，因此，否定从自然法则中引导出能够评价某一行为或善或恶的价值标准。机械决定论则认为，自然界的一切现象皆有因果，行为没有产生结果也是必然的。因此，行为没有产生结果，根据自然因果法则意味着行为与结果之间没有因果关系，这也包括没有发生结果的未遂的情况。这样，从机械决定论的角度来看，所有未遂犯都将成为不能犯。鉴于此，主观未遂论者开始从刑罚的预防功能角度出发，寻求未遂犯的实质处罚根据，并在行为人主观犯意的危险性中找到了不能未遂犯的可罚性根据。

由此可见，在西方理论界，不能未遂犯不仅是各种理论、观点之争论最为突出的领域，而且不能未遂犯可罚性的命运，亦由于主观未遂理论和客观未遂理论间主导地位的相互更迭而变得动荡不安。不能未遂犯在西方理论界中已然成为适用刑罚之界限的代名词。因此，西方国家在不能未遂犯是否可罚的问题上是十分慎重的，无论对其给予肯定与否都需要在理论上进行充分的论证，并以近乎完美的理论论证为司法公正提供有力的理论根据。也许这一点正是我们所缺少也是需要虚心学习的地方。

三

虽然不能未遂犯概念在刑法理论中是诸多犯罪形态中的一

^① 参见〔日〕大谷实：《不能犯》，载中义胜编：《论争刑法》，世界思想社1976年版，第131页。