

■ 刑 法

试论不能犯之行为

辛忠孝, 李江波

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430064)

[作者简介] 辛忠孝(1956-), 男, 陕西澄城人, 中南财经政法大学法学院副教授, 主要从事刑法学研究; 李江波(1978-), 男, 湖北武汉人, 中南财经政法大学法学院硕士生, 主要从事刑法学研究。

[摘 要] 不能犯是一种主观危害性明显, 客观上的行为虽然没有实际损害性, 但在其背后却隐藏着对法益侵害的危险性, 是一种综合起来在客观上对法益有危险的行为。不能犯应当作为独立的犯罪形态从未遂犯中独立出来。

[关键词] 行为分析; 主观方面; 客观方面; 理论地位; 立法建议

[中图分类号] DF41 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)02-0246-04

刑法学作为一门独立的法律科学, 是以其特有的社会现象——犯罪现象为调整对象, 并通过追究刑事责任的方式进行规制。刑法所评价的行为是以主客观相统一的, 故缺乏某一方面的行为不是刑法意义上的行为。不能犯作为刑法理论所考虑认识的行为也不外乎具有主客观两方面性。对其从主客观两方面进行论述是必要的, 同时这也使我们能够更好地了解不能犯现象的特殊属性, 以便对它有深刻的分析和准确的认识。

一

不能犯在其主观方面上表现着一定的社会危害性, 故可称其为是它的“明显”特征。正是因为这一显著特征, 主观主义者认为它与其它类的犯罪没有多大的本质区别, 都是可罚的; 而客观主义者也正是考虑到不能犯这一特征的明显性, 如果仅仅因为客观上不能达到危害结果而否定行为的可罚性是存有疑惑的。因此, 我们可以大胆地做一个假设, 假如不能犯被立法者认定为犯罪的话, 那么其主观方面的危险性是最重要的决定性因素, 正是因为它这一方面的主观危险性, 即使没有多大的客观实际危险性, 也让立法者不愿意放弃对它的惩罚, 而认定为有罪。如此说法可能有些主观主义倾向, 但刑法的目的是在于预防犯罪, “在一定的条件下, 主观主义作为一种刑法理论无疑具有先进性, 它克服了客观主义完全拘泥于法律条文而忽视犯罪人的个性特征的作法, 使刑法的机能从一种被动的、消极的教条框架解脱出来, 转为主动的、积极的新机制”^[1] (第 20 页)。也就是说主观主义是较之客观主义有着一定的先进性, 只是基于一定的社会条件而无法发挥其应有的作用, 因此退而求其次肯定客观主义的合理性。而且, “刑法史的研究已经表明, 主观主义必须在客观主义的基础上才能求得发展”^[2] (第 73 页)。在当今社会, 我们在肯定客观主义合理性的同时, 也应不可避免地多考虑一下主观主义, 毕竟主观主义重视人的个性特征的作法, 也有利于社会防卫, 从而也可以更多地防止放纵犯罪现象的发生。

二

在客观方面, 不能犯的行为是否具有危险性, 亦即是否具有发生危害结果的可能性是存有争议的。笔者认为, 每个事物之间都是彼此联系的, 一个行为的存在对另一个结果的产生并不是没有任何的关联性, 有的只是作用、程度大小的

不同。换句话说,任何行为都与其他危害结果有着一定的联系,都具有引起危害结果发生的可能性,都对合法权益存在着危险。拿迷信犯来说,一个人以为糖能杀死人,将其给某人吃意欲毒死某人,某人在吃了之后以为命不久矣而精神恍惚不慎从楼梯跌下导致死亡。那么用糖杀人的行为导致了死亡结果的发生,也就是说本来是迷信的行为,它在客观上照样也可以具有发生侵害结果的可能,如此说来也是存在着“危险性”。然而,刑法中的危险是经过规范评价的,“是以人们的知识、经验为基础进行判断的,故可以认为,危险是被判断为存在侵害法益的可能性的状态”^[3](第223页)。刑法中行为的危险性更在于对行为进行规范的评价,看行为与结果之间的紧密程度,以便在法律上确定行为的危险性。迷信犯之所以认为没有危险,那是因为它的行为发生结果的可能性,在于偶然因素的介入,是可一而不可再的,故危险性可以忽略不计。而不能犯中的客观行为具有发生结果的可能性,不仅包含着像迷信犯那样的需借助于外部因素造成危害结果的可能性,而且还包含着如果不加以否定就可以引起下次有侵害的行为而造成危害结果发生的可能性,这是他与迷信犯在侵害可能性程度大小上不同的关键点,正是因为这种可能性是可以达到立法者无法容忍而被确定为具有刑法意义的危险性。所以说,不能犯的行为实际上是没有侵害法益的危险性,但行为却可以在下次转化中成为有侵害性的行为,因此,不能犯行为的存在本身就是对已有合法权益的威胁,也是具有危险的。比照未遂犯中行为的实际危险性而言,只是对法益威胁的迫切程度不同,前者较间接,后者较直接。在强调保护法益的今天,将刑法保护法益的时间提前,也未违背刑法的目的。当然,毕竟不能犯的行为本身没有实际危险性,因而并不能一概将下次的可能性都评价为具有危险性,这就会扩大处罚范围,毕竟行为在实际上并没有侵害法益的可能性,不能与未遂犯的危险性同日而语,所以,还存在着对行为的危险性进行一定判断的必要。

要判断行为的危险性,有必要对外国刑法中的判断学说加以说明,主要有:

1. 纯粹主观说,行为人只要以犯罪的意思实施了犯罪行为,无论其行为是否具有发生结果的危险性,都是有危险的、可罚的,只是迷信犯除外。它是“以行为人本人认识到的事实为基础,并且以行为人本人的认识为基准判断危险性的有无”^[3](第226页)。

2. 抽象的危险说,“以行为人在行为当时所认识到的事实为基础,以一般人的见地来判断有无危险”^[3](第230页)。这是以行为人认识到的事实为判断基础,以一般人的认识为基准来判断危险的有无。

3. 具体危险说,“以行为当时行为人特别认识到的事实以及一般人可能认识到的事实为基准,从客观的见地,作为事后预测,判断有无发生结果的危险”^[3](第234页)。它是以“行为人特别认识到的与一般人可能认识到的事实作为判断基础,从社会的通常人的见地判断行为自身的危险性”^[3](第236页)。

4. 客观危险说,行为人所意欲的侵害结果一开始就不可能实现是绝对的不能,不具有危险性,行为自身虽然具有侵害结果的可能性,但在特定情况下未能实现结果是相对不能,具有危险。绝对不能与相对不能的判断,应以行为当时存在的一切客观情况为基础,进行事后的科学判断。

纯粹的主观说是从“意思的危险性”引发的行为的危险性,不可避免地具有主观归罪之嫌,按照它的判断只要有危险的意思表示都是有危险的行为,迷信犯也可纳入危险的范围,但它又说迷信犯除外,这是矛盾的。抽象危险说为了避免上述的矛盾,提出了很好的解决方法,把迷信犯排除在危险的范围之外,但是其理论根基建筑于行为人的主观认识之上,不免扩大了处罚范围,不利于刑法的谦抑性。具体的危险说是当今的通说,但它是以行为时一般人的安全感为基准,可刑法保护的是法益,而不是社会中的安全感,本来没有实际侵害可能性的行为,因为一般人的畏惧感而认定为犯罪,无疑扩大了处罚范围。客观危险说是一种古老的学说,它虽然注意到了行为的实在危险性,但是它主张根据科学的因果法则进行事后判断的方法很可能将所有未发生结果的犯罪都认定为无危险性,一个事物发展到另一事物总是在一定条件下才可发生,绝对不能与相对不能的说法在不同条件下可以有各自不同的主张,本身两者的分辨就是模糊的。然而,客观危险说在强调刑法谦抑性的今天有着积极的作用。它的判断基准的科学性,一切从客观出发的理论基础是合理的,为此,现今刑法理论界都对此学说进行了一定的修正和完善。

不能犯行为的危险性更多地在于行为的下次侵害性,这是它质的规定。当然并不是所有的下次侵害性都可以被评定为行为的危险性,还有一个立法者能够容忍的限度问题,这又需要社会一般观念的认同,这是它量的限度。例如以没有子弹的空枪杀人与用一个大家都认为是真枪的假枪杀人,两者都可以在下次没有误会的情况下可能造成杀人的结果,具有危险性。但在行为时两者给人的容忍感却是有差别的,前者是大于后者的,是难以容忍的,因为其手上所拿的是真枪,而这枪的真假可以在事后查明,并可在此基础上进行判断。详言之,前者应当是被认为有下次侵害的可能性因而有侵害法益的危险,而且危险程度难以容忍,可以构成犯罪;而后者是有下次侵害的可能性,但程度还可容忍而不构成犯罪。当然,拿假枪的时候还会有各自不同的条件,这也需要予以更进一步地判断,还需要看是否超过了一般人的容忍程度。所以说,判断不能犯行为的危险性,首先应以行为人主观上所认识的计划,科学地判断下次侵害的可能性以区别迷信犯以及行为人与一般人都认为有危险,而实际在下次照计划将行为重复一遍也不可能发生危害结果的情况,然后基于

事后判明的客观情况,用一般人的容忍感判断其可罚性看行为是否具有危险性。这样的危险性是基于安全感中的客观,它的客观在于下次侵害性。这样的危险判断不仅可以建立于客观基础上,还可以考虑到一般人的认同感。一个不被公众所认同的法律判断是不会有生命力的。

三

依上分析,我们可以作出如下总结。不能犯这种行为具有两重性:1、主观上表现为“明显”的危险性,这是立法者以及一般人之所以将其归之为罪的关键因素;2、客观上,要对行为进行综合性地把握,行为虽然没有实际损害性,但在它背后却隐藏着对法益侵害的危险性,是一个综合起来在客观上对法益有危险的行为。它的危险性更多的是在于隐藏于行为背后的危险性,故可以称不能犯行为的客观危险性是“隐藏”着的危险。这种危险特性是不能犯较之于其它类犯罪形态更为实际的危险性较轻的原因所在。而且不能犯的客观行为是在主观意识支配下完成的(虽然没有完全按照主观上的意欲想法实施,但依然是在意识支配下完成的行为),“凡行为人认识之内容,与某种犯罪行为之侵害性及违法性(反社会性)相当,更进而为行为之实行者,即系实行犯罪行为,不必其实行行为之性质与认识之事实相符,换言之,着手实行之犯罪行为,只须在主观上有抽象的反社会性即为已足,不必在客观上皆相符也”^[4](第 175 页),因而,不能犯也是一个主客观相统一的犯罪行为。

不能犯以其在客观上的特殊属性应当与预备犯、未遂犯、中止犯、既遂犯统属于故意犯罪的五种形态。

四

1. 在国外刑法中有关不能犯的立法例概括有以下三种:

(1)规定不能犯不为罪,例如,《日本刑法修正草案》第 25 条规定:“行为依其性质不能发生结果者,不以未遂犯论处。”《意大利刑法典》第四条第 2 款也规定:“当行为不适当或者行为的对象不存在而不可能发生损害结果或危险结果者,也排除可罚性。”此种立法看重的是行为的客观危害性,注重行为的客观结果,不能犯既然无法造成危害社会的结果,就徒具人身危险性的表现,理应不定为罪。

(2)规定不能犯与普通未遂犯等同处罚,例如,《罗马尼亚刑法典》第 20 条第 2 款规定:“由于力所不及,所用手段不力或犯罪实施终了而犯罪分子所追求的标的不在其所预料的地点,以至犯罪不能得逞的,多是未遂。”此种立法看重的是人身危险性,既然不能犯主观上的人身危险性与未遂犯的主观表现并无二致,也就应该等同处罚。

(3)规定不能犯是未遂,但可以减、免刑罚,例如《德国刑法典》第 23 条第 3 款规定:“行为人由于对犯罪对象和手段认识错误,在性质上其犯罪行为不能实行终了的,法院免除其刑罚,或减轻其刑罚。”《韩国刑法》第 27 条也规定:“因实行的手段或者对象错误,致使结果不可能发生,如果存在危险,仍予处罚。但可以减轻或者免除处罚。”此种立法一方面认为不能犯的主观恶性足已定为犯罪,但另一方面考虑到其客观危险性很小因而减免处罚。

2. 前两种立法例较为片面,第三种立法例不仅考虑了不能犯主观方面的因素,也顾及了客观方面的特殊性是较妥当的,但正如上面所论述的,不能犯行为的客观危险性与未遂犯的行为客观危险性还是有所不同的,毕竟它没有实际损害性,是要比未遂犯的客观危险性要小。所以,笔者认为,应对刑法在犯罪形态的规定中增加一条,“行为依其性质无法实际达到危害社会的结果,但有危险者,以不能犯论。”

但对不能犯的处罚该当如何,试作如下分析:(1)我们应当是把不能犯与与之相当的预备犯、未遂犯、中止犯分开来作比较。在预备阶段,由于不能犯在客观上是个没有实际损害性的行为,故危害性要小于有实际损害性的预备犯,刑法规定对预备犯可以比照既遂犯从轻、减轻、免除处罚,那么为了体现不能犯较之较小的危害性,可以说对不能犯可以减免处罚;在实行阶段也由于同上的道理,为了体现比未遂犯的可以从轻、减轻处罚的较小的危险性,可以说对不能犯应当从轻、减轻处罚;至于对不能犯的中止情况,笔者认为其行为还是属于中止犯,可以按照对中止犯的处罚条款进行处罚,只是处罚力度要低于那些可以既遂的中止犯的处罚力度。(2)还有一个问题就是在预备阶段的不能犯是很有可能发展到实行阶段,对此该如何处罚?例如,当行为人为了毒死某人而去买毒药,结果买错了,行为人还以为是毒药而积极地准备,直到去用此药毒害人。对此,笔者认为,在买到的是非毒药的时候就已构成了不能犯,之后所作的行为也未超出不能犯的理论概括,只是由于已经进入实行阶段,故要按照对实行阶段的不能犯的处罚规定进行惩处。(3)对不能犯可以比照既遂犯应当从轻、减轻处罚,但在预备阶段的不能犯可以减轻、免除处罚。

3. 完整的法条是“行为依其性质无法实际达到危害社会的结果,但有危险者,以不能犯论,对不能犯可以比照既遂犯

应当从轻、减轻处罚,但在预备阶段的不能犯可以减轻、免除处罚。”

综上所述,不能犯是一种主观危害性“明显”,客观上的行为虽然没有实际损害性,但在它背后却“隐藏”着对法益侵害的危险性,是一个综合起来在客观上对法益有危险的行为,其危险性的判断是首先应以行为人主观上所认识的计划,科学地判断下次侵害的可能性以区别迷信犯以及行为人与一般人都认为有危险,而实际在下次照计划将行为重复一遍也不可能发生危害结果的情况;然后基于事后判明的客观情况;用一般人的容忍感判断其可罚性看行为是否具有危险,而且客观行为是在主观意识支配下完成的,是统一的,与预备犯、未遂犯、中止犯、既遂犯统属于故意犯罪形态。

[参 考 文 献]

- [1] 陈家林. 不能犯新论[J]. 刑事法学, 2000, (6).
- [2] 李海东. 日本刑事法学者:上[M]. 北京:法律出版社, 1995.
- [3] 张明楷. 未遂犯论[M]. 北京:法律出版社, 2000.
- [4] 韩忠谟. 刑法原理[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002.

(责任编辑 车 英)

Behavior of Impossibility of Crime

XIN Zhong-xiao, LI Jiang-bo

(Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430000, Hubei, China)

Biographies: XIN Zhong-xiao (1956-), male, Associate professor, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in criminal law; LI Jiang-bo (1978-), male, Graduate, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in criminal law.

Abstract: Impossibility of crime is a type of dangerousness which is very apparent in subjectivity. Although it's objective behavior doesn't make any actual harm, it covers the harm of legal interests. Besides, impossibility of crime is a kind of behavior which will comprehensively do harm to legal interests in objectivity. Impossibility of crime should be independent from criminal attempted as an independent criminal form.

Key words: behavior analysis; subjectivity; objectivity; theoretical position; legal suggestion