

不能犯理论辨析与完善路径

周青

澳门科技大学法学院，澳门

收稿日期：2023年12月23日；录用日期：2024年2月8日；发布日期：2024年3月29日

摘要

在我国刑法理论中，关于不能犯的问题没有得到较统一的解决方法。关于不能犯理论中的核心问题、危险判断标准，大陆传统学说是抽象危险说，但通说的缺陷难以忽视，寻找合适的理论进路迫在眉睫。本文着重论述分析了危险判断各学说的判断方式以及我国和日本的实践选择，并通过对实例解读来寻找我国不能犯问题的研究进路，以平衡理论和实践的争论和混乱。笔者认为，适用具体危险说+具体一般人作为危险的判断标准更为合适，既能协调理论界和实务界观点的分歧，更有利于我国客观刑法立场在司法中实际彰显。

关键词

不能犯，犯罪未遂，危险判断

Discussion on the Theory of Inadmissible Offences and the Path to Improvement

Qing Zhou

School of Law, Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Dec. 23rd, 2023; accepted: Feb. 8th, 2024; published: Mar. 29th, 2024

Abstract

In China's criminal law theory, there is no unified solution to the problem of not committing a crime. About the problem of not committing a crime in the theory, the danger judgment standard, the mainland traditional doctrine is the abstract danger, but the defects of the general saying are difficult to ignore, and looking for the appropriate theory of the way forward is urgent. This paper focuses on the discussion and analysis of the judgment of danger judgment of the various doctrines and China's Macao region, China's mainland practice choices, and through the interpretation of the example to find China's inability to commit the problem of the study of the way forward,

文章引用：周青. 不能犯理论辨析与完善路径[J]. 法学, 2024, 12(3): 1966-1974.

DOI: 10.12677/ojls.2024.123281

in order to balance the theory and practice of the controversy and confusion. In the author's view, the application of specific danger + specific general person as the standard of judgment of danger is more appropriate, not only can harmonize the differences between the theoretical and practical viewpoints, more conducive to China's objective criminal law stance in the justice of the actual manifestation.

Keywords

Impossibility of Offender, Criminal Attempt, Danger Judgment

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来，不能犯问题成为刑法理论界争议的焦点领域，其原因不仅在于涉及的主观客观之争、行为无价值还是结果无价值之争，也在于对不能犯的立法价值取向和研究程度还体现了一国刑法基本立场和法治现代化程度。各国刑法理论界对不能犯的争议，实质都是围绕着如何对不能达到犯罪既遂行为的“危险性”进行判断和处罚，随着各国不断深入的讨论和研究，有关危险性的学说呈现百花齐放、百家争鸣之势，我国刑法学者也纷纷站在不同的立场提出自己的观点。虽然我国刑法理论界对不能犯的讨论如火如荼，但在司法实践中仍然遵循传统通说观念，其中的不当之处被诸多学者诟病，也导致了关于不能犯问题研究上理论与实践割裂的局面。我国对不能犯问题该如何选择？如何协调理论界和实务界观点的分歧？其他国家和地区不能犯研究有哪些可取之处？这是笔者目前想要研究的问题。

我国刑法第 23 条规定：“已经着手实施犯罪，由于犯罪分子意志意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。”我国刑法法条和理论通说中没有不能犯的概念，只有属于犯罪未遂形态的不能犯未遂的概念，同时根据不能既遂的原因不同，将不能未遂划分为工具不能未遂和对象不能未遂。

近年来，随着德日刑法理论的不不断引进和诸多学说的修正发展，不能犯问题成为理论界的焦点问题。不能犯相关的理论众多，但在我国的司法实践中，实际是采取抽象危险说，也是通说，将行为人主观上具有犯罪意识，客观上具有实行行为，且因为行为人意志以外原因导致未遂，不管实际上有没有达成既遂的可能性，一律定为未遂，同时又认为“扎小人”“诅咒”等方式杀人属于迷信犯，不具有可罚性。这种实践立场在理论界除了个别学者比如陈家林为其辩护[1]，其他学者多持反对态度。不能犯问题是刑法基本理论的交叉点，不仅涉及基本立场的主观客观之争，还涉及刑法规范的实质问题和行为无价值论和结果无价值论的争锋，所以刑法学者有必要去解决不能犯研究的争议问题。

不能犯问题理论与实践割裂的局面在近年来司法案例中有所缓和，主要体现在量刑上的考量，可以看出理论上的发展也对法院审判产生了影响和冲击，所以如何平衡理论和实践的争论和混乱，如何平息不能犯主客观之争是研究的直接目的。同时，通过境外国家和地区对不能犯的研究和实例，寻找我国不能犯问题的研究进路和借鉴意义。

2. 不能犯学说争论焦点：“危险性”判定

基于各国立法实际、理论面向和司法实践，不能未遂、不能犯、不能未遂犯和不能犯未遂的概念在

各国并不相同。为了防止本文阅读的混乱与指代不明，本文所指的不能未遂，是指行为自始即不能发生犯罪结果的情形。不能未遂之重心，不在于是否“不能”，而在于“危险性”之判定。危险概念对于不能未遂，便是检验刑法理论之主客观性质的关键。目前关于危险的学说大概可分为主观与客观两个阵营。客观阵营在不法的构建中着重行为在客观上所显现的事实状态，以行为对于法益的实害或者危险为不法的本质；主观阵营则偏重于行为人的主观意思，以行为之不法或者规范违反为不法的本质[2]。目前主观阵营的学说则包括主观危险说和抽象危险说；客观阵营的学说依次发展出了客观危险说、具体危险说和修正的客观危险说。

2.1. 主观危险说

纯粹主观危险说立足行为人“不服从规范”的意思本身，将危险理解为行为人的“恶性性格”即内部的犯罪意思，以行为人自身认识的事实为基础，并以该认识为基准判断危险的有无。同时认为，如果行为人是想运用超自然、违背科学规律的方式杀人的迷信犯，如扎纸人、下诅咒等，不是犯罪，不处罚。但如果严格遵守该学说，完全以行为本人人的认识来判断危险之有无，导致的结果必然是只要行为人将其计划付诸实现，就属于有危险的行为，否认了不能犯的存在，即使是迷信犯也应该处罚。这一点学说内部存在无法解释的矛盾，主观危险说在各国基本已经消失殆尽。

2.2. 抽象危险说

抽象危险说对危险的判断，以行为人的认识内容为判断资料，以事前，即行为时为判断时点，以一般人为判断基准。概而言之，如果社会一般人认为行为人的行为有可能实现犯罪意图的，就成立未遂犯；反之，普遍认为没有可能实现犯罪的，就成立不能犯。比如经典举例中把白糖当作毒药毒杀他人，行为人认为是毒药，那便以该物质是毒药为基础，普通人通过判断毒药有无危险性，有危险则未遂，无危险则不能犯。但如果行为人认为白糖能够杀死人，则归为迷信犯。其与纯粹主观危险说的区别在于判断基准采用了一般人之立场，解决迷信犯定性的正当性问题。

2.3. 印象理论

德国刑法理论在客观主义主观主义之后，发展出印象理论，印象理论认为处罚未遂犯必须符合两个条件：其一，行为人主观上有法敌对意志(即犯罪故意)；其二，行为人其行为动摇了公众对法秩序有效性的信赖。而在对未遂的认定标准采取印象理论基础上，德国刑法典对不能犯的明文认定标准为“如果行为人出于重大无知而无认识到其行为因为客体或方法的因素根本不能达成既遂之结果，得减轻或免除其刑”。

因此，在德国对不能犯的构成判断应当首先对于危险的认定标准采折衷的印象理论加以判断，但是对不能犯的主观无知认定标准需要达到被告的行为是“重大无知”的程度才得以构成。所以德国的不能犯检阅标准为“印象理论 + 重大无知”，印象理论提供未遂犯可罚性的根据，而重大无知说是不能犯减轻或免除刑责的依据。

印象理论的缺陷主要在于其标准的含糊不明确，“震惊大众的法意识和法信赖，并且破坏法秩序的安定与和平”从描述就可以看出标准的难以界定，在具体案件中，这样的标准对法官的专业水平和综合能力要求很高，在我国基层案件数量众多，法官能力层次不齐的国情下，可行性较低。

2.4. 客观危险说

创始于费尔巴哈的客观危险说认为，犯罪是建立在行为对法益的客观侵害或具体危险。无侵害或者具体危险的，不应该构成犯罪。客观危险说可分为事实的不能说和法律的不能说。事实的不能说将结果发生的不能划分为绝对不能和相对不能。所谓绝对不能，是行为人想要的侵害结果一开始就不能实现，

因而不构成犯罪；所谓相对不能，是行为本身是具有实现结果的可能性，但因为特定情况下未能发生侵害结果，以未遂来处断。法律不能说即“构成要件欠缺理论”。该说认为如果在客观上不存在犯罪的主体、客体和手段，但行为人误以为存在时，不构成犯罪。

客观危险说将结果发生的可能性等同于危险性的判断，其危险的判断方法可以概括为：以发生结果的危险性进行客观的、外部的判断，与行为人的犯意和计划无关；对这种危险进行事后判断^[3]。比如行为人认为尸体是活人而杀、行为人空枪杀人等，从事后角度看为绝对不能，不罚。“客观危险说”在实务中最有名判例当属我国台湾的“黄金掉包案”。行为人意图行抢，岂料被害人早有防备，将随身携带之黄金掉包成石头，行为人只抢得一袋无用石头。当时“最高法院”即指出，“上诉人邱某意欲抢夺黄金，因被害人事先防范换成石头，未达目的，而又无危险，显属不能犯，乃原判决竟以普通未遂犯处断，自属不合”¹，因而处以无罪。

客观危险说的“客观性”由事后的、科学的视角实现，危险是结果发生的可能性。按照诸客观说之共识，未遂的处罚理由是对于法益的危险，法益的危险在客观危险说看来是结果发生的可能性。所以，未遂必然是有结果发生可能性的行为。

对客观危险说的批评集中表现如果主张事后以科学的因果法则判断危险的有无，当事后综合行为当时的所有客观情况进行判断时，既然事态已经结束，结果当然不会发生。如此一来，则所有的未遂犯都是不能犯。

2.5. 具体危险说

具体危险说认为，“应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础，以一般人为基础或者从一般人的立场，判断有无发生结果的具体的危险”^[4]。较之于其前手之客观危险说，具体危险说的不同之处在于：第一，观察之视角由事后改为事前；第二，判断主体由科学标准变为社会一般人以及拥有特别认识之行为人；与前面两点相联系地，第三，判断之基础事实由全部的客观事实变为经过抽象化了的事实。比如出于杀人的故意，向一般人都会认为是“人”的稻草人开枪，成立杀人未遂，但是在一般人都明白是稻草人的场合，就成立不能犯。又比如向他人静脉中注入未达致死量的空气，基于社会通念，向静脉中注射空气是一个足以致人死亡的行为，不管其具体的注入量是多少，所以该人仍然成立故意杀人的未遂。

具体危险说拟制出了一个抽象人的定义，赋予其社会一般人的常识以及行为人的特别知识，将该一般人置于行为当时，由其判断危险之有无。针对具体危险说的批判也主要集中于此，张明楷教授^[5]认为，一般人的判断并不完全妥当。以一般人作为判断主体、以事前作为判断视角以及以抽象化了的事实作为判断基础决定了“危险”实际上已经不再是客观实在意义上的结果发生的可能性，而是社会一般人在行为时的具体情境下的危险感觉。以人的危险感觉为标准，且不说这个人是一个怎么样的人，这种标准是否真的具有客观性被许多学者质疑。

2.6. 修正的客观危险说

为了弥补纯粹客观危险说的缺陷，日本学者提出了多种修正理论，其中对我国影响较大的是“修正客观危险说”和“修正的客观危险说的盖然性理论”。

修正客观危险说提出了“科学的一般人”的概念，认为以行为时存在的一切客观事实为基础，以行为时作为判断时点，判断“从行为时来看结果发生的合理(科学)概率”，并对客观事实有必要进行某种程度的抽象化。

¹“最高法院”台上字 7323 号判例，后经“最高法院”刑事庭会议(2006 年 8 月)会议废止。

修正的客观危险说的盖然性理论认为：既要探究未发生结果的原因、情况，同时也要注意这种情况变化具有多大程度的盖然性，只有得出并无结果发生的盖然性，或者盖然性极低这一结论之时，方可否定可能性，认定构成不能犯[6]。比如行为人以为被害人在床上睡觉向床上开枪，但被害人不在家的，是不能犯，但碰巧被害人去卫生间的，回到床上的可能性就很大，是未遂犯[7]。

3. 中国与日本在不能犯问题上的实践选择与理论应用

3.1. 日本的实践选择与理论应用

日本的不能犯理论最早源于德国，但由于法条内容的差异，致使日本的不能犯论与德国的不能犯论解读完全不同。日本刑法并未提及不能犯，或者说完全排除了可罚的不能未遂，一旦行为人的行为被认定为不能犯，就同时排除实行行为的着手，其可罚性也荡然无存。日本判例对于不能犯的判断主要是基于社会一般人的观念以及客观层面的科学事实，而学界对于不能犯判断的争议点主要集中在以行为时一般人的观念为基准的“具体危险说”以及以事后的科学判断为基准的“客观危险说”之间。下文将会通过分析日本判例，进而明确在判断危险性之时所应参照的判断基础。

案例 1：硫磺杀人事件

两名被告人基于杀人故意，连续两次将混有硫磺粉末的食物和药物递给被害人服用。因为硫磺没有致人死亡的毒性，并没有发生死亡结果。

判决否定了行为人将硫磺给被害人服用的行为成立杀人未遂。此案件是日本早年的判例中，以“绝对不能与相对不能”的判断方法区分未遂犯与不能犯的典型，表明了日本认为值得处罚的行为应该是能够致使危险发生的行为，而非行为人主观所认知的虚无危险。

案例 2：剂量不足兴奋剂制造失败事件

被告人试图制造兴奋剂，其制造的方法完全依据的是科学标准，各种原料也都符合要求，若进入制造程序，原本可以制造出被告人想要的兴奋剂。但由于某道工序中使用的某种原料并没有达到必要的量，因而没能制造出兴奋剂的成品。

最高裁判所的判决指出：之所以没能制造出兴奋剂的成品，是因为被告人在制造兴奋剂的工序之中所使用的某种原料没有达到必要的剂量，如果加入两倍或者三倍的该原料便完全有可能制造出兴奋剂的成品。这种情况下，被告人的行为应以兴奋剂制造的未遂犯论处，而非不能犯²。

这个判决对理论界有重大意义，决定并没有提及“一般人的认识”或者“社会一般观念”这类概念，但是在控诉审判中，存在着这样的表述：“若考虑一般的抽象危险的话，在使用盐化钾这一原材料之时，自然会考虑到其剂量的问题。并且，在正常的工序之中增加盐化钾的投放从通常来看也是完全可能且可行的，从这点来看，被告人的行为具有制造出兴奋剂成品的相当的危险³。”从言语中可见无疑是并用了纯粹的科学判断以及一般人的视角，突出了即使科学角度表明结果不具有发生的可能性，但一般人健全的常识认为可能性存在时，应该认定为未遂犯⁴。表现了日本针对不能犯问题上判断基准由绝对不能相对不能向具体危险说的转变。

案例 3：注射空气事件

被告人为了骗取保险金，准备将已被投保的 A 杀害，于是使用注射器向 A 的两只手腕的静脉内注射蒸馏水和空气，但是因为注射的量并没有达到致死量，所以没有致 A 死亡。

最高裁判所判决认为，“向人体的静脉注射空气的行为，从社会的一般观念来看，无论其注射的量

²最高裁判所昭和 35 年 10 月 18 日决定，《最高裁判所刑事判例集》第 14 卷第 12 号，第 1559 页。

³大阪高等裁判所昭和 33 年 9 月 8 日判决，《最高裁判所刑事判例集》第 14 卷第 12 号，第 1571 页。

⁴《最高裁判所判例解说集》(昭和 35 年)，法曹会 1960 年版，第 375 页。

多或是少，都具有致人死亡的足够的危险。不仅如此，向静脉里注射空气的量虽然在致死的量之下，但考虑到被注射者的身体状况以及其他的原因，并不能说死亡结果发生的危险绝对不存在”⁵，进而肯定了杀人未遂的成立。

本判例没有完全依据一般人的社会观念，也没有完全依据纯粹科学判断，而是在明确了客观的鉴定结果以及一般人的社会观念之后，考虑被害者的身体状况进而判断危险的有无。和案例 2 相比，本案不仅纳入了社会的一般人观念，还将被害者的身体状况之类的事实也作为危险判断的资料。一般人无法直观地对被害人体质的强弱进行判断，所以算是先通过科学层面的判断明确事实关系，最后再运用一般人的社会观念来判断行为人的行为是否有导致被害人死亡的危险。

以上三个案例可以代表日本审判的方法和基准，首先，通过科学的判断从而明确“行为”与“结果不发生”之间的具体原因。其次，这种不发生的原因，若考虑当时的具体情况，在改变其他条件之后能够使得结果发生的话(比如使用的原材料的量的变化，或者被害人身体状态之类的条件若发生变化，则结果也会相应地发生)，那么，就可以肯定未遂犯的成立[8]。

3.2. 中国的实践选择与理论应用

尽管我国的现行刑法中并未专门针对不能犯问题作出具体规定，但这一法律现象在刑法理论领域内已经引发了广泛的讨论和研究。传统的司法实践和理论界主要采用抽象危险说的观点来处理不能犯的问题。例如，因为认识错误把白糖当作砒霜下毒，误认尸体是活人进而向尸体开枪射击等情况，都构成故意杀人未遂。司法实践中也遵循传统通说观念，其中的不当之处被诸多学者诟病，也导致了关于不能犯问题研究上理论与实践割裂的局面。

案例 1：被告人侯桂军为了报复刘某与高某二人，于是在某日白天先从高某母亲口中得知刘、高二人的住所，然后在当天晚上对着刘高二人的住所放了一把火，意图烧死二人，但由于刘、高二人当天晚上并没有回住处，因而没被烧死。

法院认为，主观方面行为人明知深夜防火可能烧死被害人的后果而希望发生是直接故意，客观方面实施了足以非法剥夺他人生命的行为，客体上行为侵害了刑法所保护的客体，他人生命权，主客观相统一原则，侯桂军的行为成立故意杀人罪(未遂)⁶。

侯桂军案件展示了法院在未遂犯罪的认定上依循了传统的抽象危险说。在这个案例中，法院的重点在于行为人的主观恶意和实际未发生的犯罪结果。

法院结论其实是被接受的，但是法院的文书说理部分有着明显缺陷，特别是在处理对象不能犯的分析上。首先从说理逻辑可以看出遵循的是传统通说观念，其次内容上，判决书中仅在主观方面提出“因为卧室当晚无人居住，对象不能犯而未遂，对辩护人提出观点不予采纳。”提出的目的只是为了突显行为人的主观恶性和结果没发生是因为运气好，反驳辩护人提出的“不明知”观点，但在最应该梳理该案对象不能犯缘由和影响的客观层面只字未提“不能犯”，可见早期案件更多的是一种形式上的提及，而没有真正带入犯罪体系中进行考量。

案例 2：被告人冯某某从他人处购得冰毒疑似物(事后查明为假毒品，但是其不知)，转手卖给了吸毒人员王某。

法院认为，冯主观上有贩毒故意，客观上实施了贩毒行为，因为是假毒品属于不能犯未遂，从轻处罚。即冯某某构成贩卖毒品罪，且是不能犯未遂⁷。

⁵最高裁判所，昭和 37 年 3 月 23 日判决，《最高裁判所刑事判例集》第 16 卷第 3 号，第 305 页。

⁶裁判文书网：(2018)冀 0709 刑初 20 号。

⁷裁判文书网：(2018)吉 0581 刑初 113 号。

案例 2 从判决书逻辑上在客观层面点明行为人属于不能犯未遂，同时针对不能犯问题在量刑环节开始进行考量，体现了法官说理能力的提升和法学体系思维的展现。冯某某案件显示了中国大陆司法实践中对不能犯问题的理解和处理有所进步。

案例 3: (2020)晋 08 刑终 547 号。

行为人意欲盗掘古墓葬并已经着手实行，但实际盗掘的墓葬并非古墓葬，属于对象认识错误。

一审法院不以犯罪论处，经检察院抗诉后，二审法院改判为不能犯未遂，鉴于犯罪事实的情节轻微，没有造成实质损害，依据《刑法》第三十七条免于刑事处罚⁸。

本案笔者认为需要关注的是一审法院不以犯罪论处，这其实与大陆司法实践中一直以来的审判相悖，从客观说出发，认为不以犯罪论处，虽然二审改判，但从一审法院判决和二审的免于刑事处罚，都足以看出理论界和实务界开始靠拢，学界如火如荼的讨论对法官审判立场也产生了一定选择和变化。

3.3. 比较与分析

当前，我国传统的抽象危险说观点虽然在司法实践中占据主导地位，但也受到了学界的广泛批评。这些分歧和批评揭示了理论与实践在处理不能犯问题上的割裂。探讨中国对不能犯问题的理论进路，及如何更好地协调理论界与实务界的观点，成为刑法学者面临的重要任务。此外，借鉴其他国家和地区在不能犯研究上的成功经验，对于丰富和完善我国的刑法理论与实践具有重要意义。

日本的不能犯论对于我国的借鉴意义，首先便是抛弃纯主观的判断进而在主观判断和客观判断之间予以衡量和取舍。日本修正客观危险说的核心在于首先是基于客观的科学观念，再通过一般人的社会观念来判断若该行为在某种情况下就有造成结果发生的危险的话，则肯定未遂犯的成立，其中所谓的一般人的社会观念，并不单纯指代一般人的认知，而是处于科学判断的框架内的一般人的认知。但这需要本国的治安状况达到一定安全层次以及审判人员的能力达到一定水平，否则刑法便不能有效保护国民的生命财产安全不受侵害，相较之下，如果适用具体危险说其实对大陆地区司法实践的冲击较小，两种学说本身就都需要进行一般人观点的“审判”，只是判断的基础材料有所偏差，对法官判案思维上的转变要求也较小，可行性较高。

4. 实践问题

4.1. 存在主观归罪嫌疑

首先，抽象危险说以行为人的认识内容作为判断资料，只要是行为人认识的内容是一般人认为具有危险性，则不管客观事实如何，都认定为有危险，有主观归罪之嫌。以两个案例做比较：案例一中行为人意图以砒霜杀人，但误将白糖投放之，行为人构成故意杀人罪未遂；案例二中行为人虽然具有杀人的故意，但认为白糖有剧毒而投放，行为人并不能构成犯罪。在这两个案例中，行为人都只是实行了投放白糖的行为，客观上两行为都不具有侵犯法益的危险性；不同的是，抽象危险说认为案例一中的行为人的主观认识认为砒霜剧毒而具有危险性，应当处罚，而案例二中的行为人主观上认为白糖剧毒而并不存在危险性，成立迷信犯不处罚。同样的行为仅仅因为行为人认知的偏差就有截然不同的结果，认定案例一的行为人构成故意杀人罪未遂的原因只是其主观上的认识内容具有危险性，是主观主义刑法理论的结论，违背了刑法主客观相统一的原则。

4.2. 不当扩大刑法处罚范围

抽象危险说不适当地扩大了刑法处罚范围，与刑法的谦抑性不相符合。在不能犯问题上，应把重点

⁸裁判文书网(2020)晋 08 刑终 547 号。

放在考量客观行为侵犯法益的危险性上，而不是以行为人主观上的计划作为危险判断的事实和标准。如果司法机关在办理相关案件时，过分注重行为人的主观上的计划的危险性，而忽视了客观事实行为，会导致依赖口供的司法倾向，甚至可能会给刑讯逼供提供滋生的温床，从而不利于刑法保障人权价值的体现。

当然针对学界对传统观点的批判，不仅外部有学者发表看法，意图维护传统观点的地位，比如陈家林教授认为传统观点符合国情，且实务中操作便捷^[9]。批评内部的理由观点也是五花八门，不同学者各不相同。

5. 解决路径

5.1. 采用具体危险说

我国通说的缺陷不再赘述，纯粹客观说和纯粹主观说由于其极端的立场会导致有些案件的判决结果完全不能被接受和理解。相较于修正的客观说复杂的可能性推论，并且该学说在日本还没有足够多的判例来证明整套学说体系的可行性和社会适配度，所以笔者认为不宜贸然引入修正的客观危险说并进行大规模适用。相较之下，如果适用具体危险说，其实对我国现行司法实践的冲击较小，两种学说本身都需要进行一般人观点的“审判”，只是判断的基础材料有所偏差，对法官判案思维上的转变要求也较小，可行性较高。

5.2. 增设具体一般人标准

笔者同时认为，应该在具体危险说的基础上，对“一般人”这一概念进行一定修正，即“一般人”概念的标准应该更加具体，更有利于划定刑法的处罚范围，防止惩罚范围的不当扩大，笔者称之为“具体的一般人”。具体的一般人就是指处于和行为人同等状况，针对具体案情有具体认知的社会人标准。在前述我国误把假毒品当真毒品销售案例中，假如运用常规的具体危险说，应当先从一般人的视角判断冯某某贩卖的“冰毒”是否为“真的”，如果一般人认为是真的，就构成未遂犯；如果一般人认为是假的，就构成不能犯。但一般人应当根据什么标准区分毒品的真假呢？也就是说在毒品的辨别上，一般人的认识水平到了什么程度？是从毒品的色泽还是形状，又或者是其他条件来辨别真假？可以说很难有什么具体标准。如果说是根据“毒品是行为人从毒贩手中购买的”、“行为人是吸毒人员”等情况判断，来判断的话，那么还要进行事后调查。但具体的危险说只能进行事前判断，即只能由一般人对行为当时的情形进行观察。如果运用具体危险说 + 具体一般人标准，此时的一般人便是接触过贩卖毒品圈，对毒品有一定了解和判断能力的“圈内人”。虽然标准仍然不是明确的，却大幅度限缩了原本一般人可能包含的标准，从完全没接触过毒品的普通人认知平均值到毒品圈认知平均值，这么大幅度的范围明显是不合理，更不易操作的，给法官的自由裁量权和法官对“一般人”平均值可选择范围过大。

综上所述，笔者认为我国可以适用具体危险说 + 具体一般人的危险判断标准，既可以避免通说的主观归罪嫌疑，也可以适当的划定惩罚范围，协调理论界和实务界观点的分歧，更有利于我国客观刑法立场在司法中实际彰显。

6. 结语

本文着重论述分析了危险判断各学说的判断方式和日本、我国的实践选择，并通过对实例解读来寻找我国不能犯问题的研究进路，以平衡理论和实践的争论和混乱。

在我国刑法理论中，目前通说主要表现为：1) 不能犯的性质，不能犯属于犯罪未遂的范畴，即将犯罪未遂分为能犯未遂和不能犯未遂，不能犯未遂又可以细分为方法不能犯未遂和对象不能犯未遂；2) 将

所有不可能达到既遂的未遂情况都视为不能犯未遂; 3) 对不能犯处罚采可罚立场, 迷信犯一般不作处罚。关于不能犯理论中的核心问题, 危险判断标准, 大陆传统学说是抽象危险说, 但如文中所述, 通说的缺陷难以忽视, 寻找合适的理论进路迫在眉睫。纯粹客观说和纯粹主观说由于其极端的立场会导致有些案件的判决结果完全不能被接受和理解。笔者认为, 相较于修正的客观说复杂的可能性推论, 适用具体危险说+具体一般人作为危险的判断标准更为合适, 既能协调理论界和实务界观点的分歧, 更有利于我国客观刑法立场在司法中实际彰显。

参考文献

- [1] 陈家林. 为我国现行不能犯理论辩护[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2008(4): 121-129.
<https://doi.org/10.16290/j.cnki.1674-5205.2008.04.011>
- [2] [日]大谷实. 刑法讲义总论[M]. 东京: 成文堂, 1996: 385.
- [3] 董悦. 论不能未遂中的“危险性”判定[D]: [硕士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2017.
- [4] 韩其珍. 台湾地区不能犯理论的新进展——从“陈建志杀人未遂案件”展开[J]. 刑事法判解, 2019, 19(1): 243-255.
- [5] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 359.
- [6] 韩其珍. 不能犯研究——以司法裁判对不能犯的认定为展开[J]. 当代法学, 2016, 30(4): 81-91.
- [7] 张梓弦. 不能犯论的日本路径及其借鉴意义[J]. 比较法研究, 2019(1): 104-123.
- [8] 张天涯. 论不能犯与未遂犯[D]: [硕士学位论文]. 苏州大学, 2016.
- [9] 陈家林. 为我国现行不能犯理论辩护[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2008(4): 121-129.
<https://doi.org/10.16290/j.cnki.1674-5205.2008.04.011>