

不能犯与未遂犯区分标准研究

聂 长 建*

摘要:不能犯与未遂犯是既紧密相连又界限分明的概念。不能犯只含主观要件不含客观要件,未遂犯则包含主观要件和客观要件;不能犯是“先在”无危险性,未遂犯是“先在”有危险性;不能犯不可能转化为既遂犯,未遂犯有可能转化为既遂犯。既不能把不能犯当做未遂犯处罚从而损害刑法的人权保障机能,又不能把未遂犯当做不能犯不予处罚从而损害刑法的法益保护机能,也不能把未遂犯当做可罚的“不能犯未遂”而引起刑法学理论的混乱。基于案件事实的本质才能获得对行为的准确性,不能犯与未遂犯都“没有实际的危险”,但不能犯“没有实际的危险”是“先在”的,未遂犯“没有实际的危险”是“后在”的。有无“先在”危险性是不能犯与未遂犯区分的重要标准。

关键词:犯罪 不能犯 未遂犯 “先在”危险性

司法判决的正确性是建立在对案件事实定性准确的基础之上的。对案件事实定性是否准确,关系到判决的罪与非罪、轻罪与重罪、合理与不合理的问题。不能犯与未遂犯是司法实践中容易混淆的两个概念,学界和实务界对不能犯与未遂犯这两个概念有很多争论和认识误区,其中3个显著的认识误区是:(1)将不能犯错误地定性为未遂犯。这导致将无罪行为作有罪判决,从而损害刑法的人权保障机能。(2)将未遂犯错误地定性为不能犯。这导致将有罪的行为作无罪的判决,从而损害刑法的法益保护机能。(3)将未遂犯错误地定性为不能犯未遂。这必然导致不能犯具有可罚性,从而引起刑法学理论的混乱。

1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第23条规定:“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。”未遂犯是一种犯罪形态,应当符合犯罪的构成要件,1997年《刑法》第23条第2款也规定了对未遂犯的处罚。但不能犯则不然。“不能犯的本质是缺乏实现犯罪的危险性,所以不可能成立未遂犯(之前的行为可能成立预备犯)。所以,不能犯本身并不是犯罪的特殊形态。”^①这里所说的“不能犯的本质是缺乏实现犯罪的危险性”并不十分明确,因为未遂犯也没造成实际的危险,因此对这里的“危险性”应该有所限制,可变为“先在没有危险性”,从而与未遂犯的无实际危险区别开来。根据我国主流的刑法学理论,犯罪构成是客观要件和主观要件的有机统一。“犯罪构成是我国刑法规定的,决定某一具体行为的社会危害性及其程度,而成为犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一(四要件体系)。”^②未遂犯具有侵犯法益的客观要件,只是因意志以外的原因而未能实现;而不能犯自始不具有侵犯法益的客观要件,且与意志以外的原因没有关系。因此,尽管不能犯和未遂犯都没有实际的危险,但是在性质上是截然不同的:不能犯“没有实际的危险”是先在的,不可能侵犯法益,“没有实际的危险”是唯一的存在形态;未遂犯“没有实际的危险”是后在的,有可能侵犯法益,“没有实际的危险”并不是唯一的存在形态。将不能犯定性为未遂犯肢解了犯罪构成的完整性,使“犯罪构成”成为“主观要件”的“单边主义”构造。未遂犯具有侵犯法益的先在危险性,而不能犯不具有

* 中南民族大学法学院副教授

① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第352页。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第98页。

侵犯法益的先在危险性。可以说,是否具有“先在危险性”正是判断行为是属于不能犯还是属于未遂犯的根本标准。

一、未遂犯包含主观要件和客观要件,不能犯不含客观要件

试结合以下案例来分析:2008年10月18日凌晨,刘某来到某市杭海路一家中国银行,将自己没有余额的储蓄卡塞进自动取款机,一次次按下确认键,企图让自动取款机出错而取出里面的钱,但自动取款机并没有出错,屏幕上反复显示“输入错误,请重新输入”。刘某仍不甘心,拿出一把折叠小剪刀,朝出钞口挖了起来,但几分钟后就被警察于现场抓住。此案起诉到人民法院后一审判决刘某有期徒刑11年。人民法院将刘某的行为定性为盗窃罪(犯罪未遂);被告人刘某已经着手实行犯罪,由于其意志以外的原因而未得逞,系犯罪未遂,可以减轻处罚。^①

此案的基本案情是刘某用折叠小剪刀挖自动取款机出钞口。这里的问题是用折叠小剪刀能够挖开出钞口吗?如果有可能,那么可将刘某的行为定性为未遂犯;如果根本不可能,那么刘某的行为只能认定为不能犯。未遂犯是建立在犯罪有可能得逞的前提下,而不能单凭主观的犯罪目的定性。由此可见,本案的定性有主观归罪之嫌。张明楷教授曾明确指出:“只有当行为人主观上具有故意,客观上实施的行为具有侵害法益的紧迫危险时,才能认定为犯罪未遂;行为人主观上具有犯意,其客观行为没有侵害法益的任何危险时,就应认定为不能犯,不以未遂犯论处。至于客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险,则应以行为时存在的所有客观事实为基础。”^②就未遂犯而言,犯罪“未得逞”是由于犯罪分子意志以外的原因造成的,如果没有犯罪分子意志以外的原因,那么犯罪是可能得逞的,犯罪分子实施的行为具有侵害法益的紧迫危险;而就不能犯而言,“未得逞”是行为人的行为本身造成的,而非行为人意志以外的原因造成的,亦即行为人实施的行为根本就不具有侵害法益的紧迫危险。例如,甲欲使用砒霜杀乙,但发生认识上的错误把白糖当作砒霜,乙吃了白糖后平安无恙;丙在没有杀人的故意的情况下将白糖给丁吃,丁也平安无事。甲和丙的行为都没有导致他人死亡的危险性,但甲具有杀人的故意而丙没有杀人的故意。持主观主义刑法学理论者认为,因甲具有杀人故意因而应认定甲的行为构成故意杀人未遂。但是,既然现实的行为不可能产生法益侵害结果,那么就不能认定它是犯罪的实行行为;杀人行为具有类型性,也就是具有致人死亡的危险性,“否则不能说明,为什么行为人想杀人而客观上求神拜佛的行为不成立故意杀人罪”。^③单纯凭求神拜佛是没有致人死亡的危险性的,也不可能产生杀人的客观结果。把白糖当做砒霜给他人吃以此企图谋杀他人,或者通过求神拜佛的方式谋杀他人,行为人在主观上都有杀人的故意,但在客观上却不可能达到杀人的目的,并且这目的达不到并非行为人“意志以外的原因”造成的,而是行为人的行为本身严重违背生活常识,“产生‘显而易见的无知’的,可能导致其采取一般人不可能采取的举止,只能成立不能犯”。^④而在上述案件中,刘某无论如何也不可能单凭一把折叠小剪刀就能够实现其盗窃目的,一个精神正常的人即使想盗窃自动取款机里的钱也不会采用折叠小剪刀挖出钞口这样愚蠢至极的方法。由于采用这样的方法既不可能达到犯罪目的,也不可能侵犯法益,因此刘某的行为不成立盗窃的未遂犯,而是不能犯。

用一把折叠小剪刀挖出钞口本来是一位弱智者的行为,法官应该告诉弱智者的父母带他去精神医院治疗和加强监护,而不是带他进法庭。有哪一位正常人会寄望于自动取款机出错弄一点钱?又有哪一位正常人在高科技的取款机面前采用折叠小剪刀这样原始、简陋的工具来达到其盗窃的目的?只有精神障碍者才会有这样愚蠢的想法和做法。这是本案非常重要的细节,是决定案件性质的语境因素。语境在案件事实的定性中具有非常重要的意义。语境通常包括语言使用者的性别、年龄、心理、精神状态、身份、地位、职业、时间、空间、阅历、目的、手段、信仰、爱好以及使用语言的场合、对象、前言后语、上下文、背景等,

① 参见蔡怀光、陈逸清:《智障男子用剪刀撬ATM机被判11年,引法律界争辩》,《青年时报》2009年2月20日。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第358页。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第354页。

④ 周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,《清华法学》2011年第4期。

简单地说,就是指案件发生的具体情境、情形、情况。“因为语境之不同,必然引起价值判断的不同并因此改变对象之于主体的意义。”^①对案件事实的定性也随之改变。此案的语境是手段、精神状态等因素,采用折叠小剪刀挖出钞口这种手段明显不是正常人之所为,是精神不正常的表现,是“手段不能”的不能犯,如试图用咒语杀人的迷信犯一样,是因为自身的手段问题而使犯罪不能得逞,并非“犯罪分子意志以外的原因而未得逞”,但法官并没有考虑这些语境问题,仅仅根据刘某有盗窃动机并已实施盗窃行为且被警察发现而没有得逞,因而定性为未遂犯。用折叠小剪刀挖出钞口这种手段恰恰是非“智识”的行为,这种行为对正常人来讲是显而易见达不到目的的,刘某弄钱“未得逞”并不取决于他本人意志以外的原因,因而不具备未遂犯的特征,而是他用折叠小剪刀挖出钞口这一认识上错误的行为本身造成的。即使警察不出现,任由刘某在自动取款机前折腾也不可能把钱盗出来,其行为不具有侵害法益的“先在”危险性,即其行为在不受外界影响的情况下自始至终都不可能自动取款机中钱的安全造成危害。将此种行为定性为未遂犯,违背犯罪未遂的理论,是对未遂犯根据“纯粹主观说”定性,只要犯意表现为客观行为时就是未遂犯,除迷信犯外,因方法、对象和主体的不能而未能既遂的都成立未遂犯。这就将不可罚的不能犯当做可罚的未遂犯,既扩大了处罚的范围,又与迷信犯不可罚的观点自相矛盾。意大利刑法学家贝卡里亚在探讨如何衡量犯罪的标尺时指出:“有人认为,犯罪时所怀有的意图是衡量犯罪的真正标尺,看来他们错了。”^②对刑法上的案件事实的定性不能是纯主观的,而应以行为时存在的所有客观事实为基础,考察客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险,而非仅看犯意表现为客观行为就定性为未遂犯。

不能犯与未遂犯的主观要件是相同的,但客观要件是不同的。未遂犯的“没有实际危害”是“后在”的,具有客观行为的危险性,也就具有犯罪构成的主客观要件,因而应以犯罪论处;而不能犯的“没有实际危害”是“先在”的,不具有客观行为的危险性,也就不具备犯罪构成的客观要件,因而不能以犯罪论处。不能犯又被称作“不可罚的不能犯”。

二、不能犯是“先在”无危险性,未遂犯是“先在”有危险性

当然,不能犯是从“先在”的危险可能性去考虑的,而不是从“后在”的危险结果去考虑的,即使犯罪分子所实施的行为本身“后在”地证明不可能达到既遂因而未得逞,但只要具有“先在”的危险性,那么仍应定为未遂犯;不具有“先在”的危险性,则应定为不能犯。“先在”是行为之先期或行为刚刚开始,“后在”是行为之后期或行为即将结束。“先在”无危险性是指行为刚刚开始就能确定行为不可能具有侵害法益的危险性,“先在”有危险性是指行为刚刚开始就能确定行为可能具有侵害法益的危险性,“后在”无危险是指行为即将结束才确定行为没有产生实际危险。

(一)以“先在无危险性”而非“后在无危险”区分不能犯与未遂犯

区分不能犯与未遂犯的标准在于是否具有“先在”的危险性,而不是“后在”的实际危险或结果能否得逞。只有坚持这一标准,才能将未遂犯与不能犯的界限廓清,并从侵害法益危险性的“有无”上说明为什么未遂犯是一种犯罪形态,具有可罚性;而不能犯不是犯罪形态,不具有可罚性。例如,犯罪分子甲以为乙的上衣左口袋有钱而将手伸进去,但乙的钱在右口袋,甲的行为未得逞属于“对象不能”未遂。又如,犯罪分子丙向丁的食物中投放毒药没有达到致死量,丙的行为未得逞属于“手段不能”未遂,所以二者是“未遂犯”而不是“不能犯”。因为这两种情况都有“先在”的危险性,只是由于对象和手段上的原因,“先在”的危险性没有转化为“后在”的实际危险,但有转化为“后在”实际危险的可能性。有学者强调:“要对客观事实进行一定程度的抽象(舍弃细微的、对危险判断通常不起关键作用的具体事实),并站在行为时进行判断,而不能进行事后的判断。”^③因为“事后的判断”必然导致未遂犯和不能犯都有可能出现后在的“没有实际危险”

① 聂长建、景春兰:《“司法三段论”的语境考量——以刑法为例》,《理论探索》2014年第2期。

② [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,商务印书馆2017年版,第71页。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第358页。

这一共同特征,从而不能将二者区分开来。但是,“事前的判断”能将二者区分开来:未遂犯有可能出现“先在”危险性,而不能犯不可能出现任何“先在”危险性。先在有危险性是指这种危险有可能发生而非必然发生。正如有的论者所言:“我们可以认为危险的本质即发生结果的客观盖然性。”^①先在无危险性是指这种危险必然不会发生,但是先在有危险性的危险是有可能发生也有可能不发生的,当结果是“有可能不发生”时,就与先在无危险性的结果重合了,也就是说二者都后在的“没有实际危险”。如果把研究的目光聚焦于二者都后在的“没有实际危险”,那么不能犯与未遂犯的界限就模糊不清了。

因此,区分不能犯与未遂犯两个概念的关键是向“先”看而非向“后”看,向“后”看就会把未遂犯当做不能犯了。例如,甲向乙瞄准开枪,但甲刚扣动扳机时,乙移动身体,子弹没有打中乙,这就不是不能犯而是未遂犯;退一步说,甲向乙扣动扳机射击,即使乙没有移动,甲仍然没有打中乙,甲依然不是不能犯而是未遂犯。因为在这两种情况下,甲打不中乙都是“后在”的,而不是“先在”的,“先在”的是有可能打中。反过来,“倘若 100 毫升敌敌畏才能致人死亡,行为人只故意投放了 1 毫升敌敌畏……得出未遂犯的结论,但这种结论不妥当”。^②也就是说,若 100 毫升敌敌畏致命,则 1 毫升敌敌畏就无关痛痒,连小小的伤害也不会有,所以故意投放 1 毫升敌敌畏不可能造成伤害结果,对行为人只能以不能犯处理。当然学者举上述这个例子也存在问题。因为有些医学知识我们不懂,举上述例子的学者只是按照一般常识推理认为若到 100 毫升敌敌畏才致命则 1 毫升敌敌畏就没有“先在”的危害性。若行为人具有医学知识,知道“100 毫升敌敌畏才能致人死亡”,但也知道 1 毫升敌敌畏就能损害身体,因而只故意投放 1 毫升敌敌畏,则对行为人的行为以未遂犯论处就没有什么不妥当。又如,小偷甲进入一民宅,由于该民宅里一分钱都没有,甲没有偷到一分钱,但甲的行为具有“先在”的危险性,至于民宅里有没有钱是“后在”之事,非小偷所能控制,应定为未遂犯。再如,小偷乙也想偷该民宅的东西,假设该民宅在 6 层楼上,乙虽没有学过武功,但自以为有飞檐走壁的轻功,反复地从楼下地面向该 6 层高的民宅跳跃和徒手攀援。由于乙的行为没有“先在”的危险性,因而应定为不能犯。在上述案例中,小偷甲和小偷乙虽然都没有造成实际的危险,但是行为的性质是不同的:小偷甲没造成实际危险是“后在”的且具有偶然性,人们为了提防该类小偷不得不加固各种安全防盗措施,不敢在家里放大量现金和其他贵重物品,小偷甲的行为仍然具有社会危害性,侵害了法益。设想一下,如果下一次被行窃的民宅里有钱,那么小偷甲就能够偷到钱且具有实际的危害,小偷甲在行为先期就具有危险性,只是因为各种阻碍条件使得先在危险性没能转为后在的实际危险,一旦这些阻碍条件消失,那么先在危险性就能转化为后在的实际危险。小偷乙没造成实际危险是先在的且具有必然性,人们完全没有必要为了防范该类小偷而加固各种安全防盗措施,也完全没有必要为了提防该类小偷而不敢在家里存放大量现金和其他贵重物品,所以小偷乙的行为不具有任何社会危害性,并没有侵害法益,即使这次行窃民宅里有钱或下一次行窃民宅里有钱,小偷乙仍然不可能偷到钱且不具有实际的危害,小偷乙的行为在行为先期就不具有危险性,也就不可能转化为后在的实际危险。正如有的学者所言:“刑法学研究要考虑塑造国民的规范意识问题,要确立刑法规范明确的晓喻功能:某种行为被评价为不能犯,意味着这种行为无害,再次发生可以容忍;某种行为,一旦成立未遂犯,意味着这种行为,即便没有造成任何损害,也会使公众感到震惊,触及国民规范意识的底线,因而需要处罚,以此坚决杜绝他人效仿,防止其再次发生。”^③就单纯的行为而言,未遂犯和不能犯都表现出“没有实际危险”的共同特征,但犯罪未遂的“没有实际危险”却具有危险性和侵害法益的社会危害性,这种“没有实际危险”在行为先期无法判断而是到行为后期才能作出判断;不能犯的“没有实际危险”却不具有危险性和侵害法益的社会危害性,这种“没有实际危险”在行为先期已经可以判断而不是必须等到行为后期才能作出判断。因此,未遂犯具有犯罪的客观要件并且是一种犯罪形态,而不能犯不具有犯罪的客观要件并且不是一种犯罪形态。

① 黄悦:《刑法中的危险概念及其判断》,《政法论丛》2016 年第 4 期。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2016 年版,第 358 页。

③ 周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,《清华法学》2011 年第 4 期。

我国传统刑法学理论否认迷信犯构成犯罪,但认为除迷信犯以外的不能犯都属于未遂犯。原因在于我国传统刑法学理论不是根据“先在危险性”的有无来区分不能犯与未遂犯,而是根据“后在无危险”的共性来把不能犯当做未遂犯。正如有的学者所言:“传统观点认为,行为人误以为自己的手段可能产生侵害结果,事实上其手段不可能产生侵害结果时,成立未遂犯。”^①我国传统刑法学理论的持有者只看到不能犯与未遂犯在“后在无危险”上的共性,却没有看到二者在“先在危险性”有无上的差异,进而把不能犯当做未遂犯处罚。但是,由于不能犯具有先在无危险性,在客观上完全不可能侵犯法益,因此把不能犯当做未遂犯处罚扩大了刑法的处罚范围。换言之,把非犯罪行为当做有罪行为处罚,从而损害了刑法的保障人权机能。行为是否具有侵害法益危险之判断是一个非常重要的问题,“在行为是否具有侵害法益的危险判断上,应当以具有科学基础的因果法则和经验法则作为判断基准”。^②但是,对于什么是“具有科学基础的因果法则和经验法则”,可以具体到对行为先在危险性的判断上。因为是否侵犯法益是一个客观而非主观的标准,而先在危险性的判断也是一个客观的标准。例如,把人当做野兽射杀与把野兽当做人射杀在行为的定性上就大不相同:前者的行为人并无主观恶性但具有侵害他人生命的先在危险性,其行为构成未遂犯;后者的行为人虽具有主观恶性但不具有侵害他人生命的先在危险性,其行为成立不能犯。

(二)把未遂犯当做不能犯定性的错误

如果说上述第一部分主要是分析把不能犯当做未遂犯予以处罚的错误的话,那么下面还要分析把未遂犯当做不能犯定性的错误。把未遂犯当做不能犯定性主要有两种表现形式。

1. 把未遂犯当做可罚的不能犯处理易引起刑法学理论的混乱

既然不能犯的危险性具有“先在”的特征,那么我们就不能把一种只是“后在”的无危险行为当做不能犯处理,而应当作为未遂犯处罚。正如前述案例中的小偷甲进入民宅行窃,虽然民宅中一分钱都没有,但是民宅里有没有钱是“后在”的,小偷事先不知道,若其知道反而不会进去,小偷甲进入民宅本身就是一种侵害法益的危险性行为,而不管其是否实际上偷到钱财。因此,应对我国刑法学通说将未遂犯当做不能犯处理的观点进行反思。“我国刑法学的通说中没有不能犯的概念,只有不能犯未遂的概念。作为能犯未遂的对称,其是指犯罪分子已着手实行犯罪行为,因所使用的工具、方法不当,或犯罪对象的不存在,而使犯罪未能得逞的情况。”^③这样除迷信犯以外,未遂犯与不能犯就重叠了,并且都具有可罚性,换言之,未遂犯被当做了不能犯。

在司法实践中存在一些主张对象不能犯、手段不能犯可罚性的案例,其错误之处就在于没有将“先在危险性”与“后在危险”区别开来,因而把不能犯当做未遂犯的一种形态,并臆造出不能犯未遂这样不伦不类的概念。有学者指出:“譬如以为被害人在床上而开枪射杀,但实际上被害人却在屋外,这是对象不能犯的杀人未遂;如果被害人就在屋内,因被害人躲闪而未能射中,这是对象能犯的杀人未遂。这两种场合下,犯罪人在主观上和客观行为上都是指向具体的犯罪对象的,都是要通过对犯罪对象的损害来给直接客体造成实际损害,却都由于意志以外的原因而未得逞,因而犯罪对象和犯罪客体都没有遭到实际结果性损害,而是受到危险性的侵害。”^④笔者也赞同上述两种行为都具有可罚性,并且后一种行为的可罚性毋庸置疑,但大可不必因为前种行为的可罚性而宣称“对象不能犯”,因为前种行为既然如论者所言具有“危险性的侵害”,那么就是“未遂犯”而非“不能犯”,与后种行为在客观要件上并无不同。不能犯必须没有先在的危险性,而在此例中犯罪分子认为被害人在床上,并且被害人在床上的可能性也较大,因此开枪就具有危险性,至于被害人实际上不在床上而在屋外那是“后在的”,不影响对行为人行为未遂犯的定性。被害人虽然碰巧不在床上而躲过一劫,但是听到朝他床上开枪射击的枪声还是会吓出一身冷汗,并进一步探求别人朝他开枪的原因和防备措施,也就是说被害人还是受到了危害,这也说明该没有击中被害人的射击行为仍

① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第353页。

② 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第249页。

③ 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第246页。

④ 赵秉志:《论不能犯与不能犯未遂问题》,《北方法学》2008年第1期。

具有侵害法益的先危险性,而具有侵犯法益先危险性的行为就不能被认定为不能犯。

学界曾反复讨论一个案件——“陈新过失致人死亡案”。^①在这个案件中,陈新构成过失致人死亡罪没有争论。问题是陈新用大石头向杨红的头部砸去,后来法医鉴定认定:“杨红头部被砸伤痕系死后伤,即陈用石头砸之前,杨已死亡”。那么陈新的这种行为是否构成故意杀人罪未遂?有人认为,由于陈新用石头砸杨红前杨红已经死去,因此陈新实施的行为不可能杀死杨红,其行为不构成故意杀人罪未遂。也有人认为,陈新的行为构成故意杀人罪未遂,这种未遂是由于陈新用石头砸向杨红前杨红已经死去,因此属于犯罪未遂的不能犯未遂。这实际上是把不能犯未遂当做犯罪未遂的一种形式而认定其具有可罚性。例如,有学者指出:“实施了足以剥夺他人生命的行为,显然完全符合故意杀人罪的构成要件,故应成立故意杀人罪。只是由于从事后的判定来看,在行为人实施足以剥夺他人生命之行为的当时,被害人已经死亡,即出现了被告人意志以外的、不可能实现故意杀人罪的犯罪结果的原因,所以,陈新的行为构成故意杀人罪的不能犯未遂”。^②对于这个案例,笔者的观点是:不能犯是不可罚的,不能犯不是犯罪未遂的一个类型,因此也不存在“不能犯未遂”这个不科学的概念;区分不能犯与犯罪未遂的标准是有无“先在”的危险性而不是“后在”的危险。在本案中,“陈新用石头砸向杨红前杨红已经死去”这个事实只是表明陈新用石头砸向杨红没有“后在”的危险,而不是没有“先在”的危险性,因为陈新在实施这一行为时,从当时的情况判断,他并不知道杨红已经死去,杨红也确实有活着的可能性,再加上陈新事后描述“好像见覆盖的稻草动了一下,怕杨又活了”,所以说陈新的这种行为具有先在的危险性,因此其行为不是不能犯,而是未遂犯。此案与一般的“误认尸体为活人而加以杀害该如何定罪”不同,因为在“误认尸体为活人”的情况下,尸体是毋庸置疑的,根本不需要法医鉴定,即在行为人实施杀害行为之前被害人已经死去,尸体也绝对没有存活的可能性。将陈新的行为认定为“故意杀人罪未遂”是准确的。故意刺杀他人身体但事后经鉴定该人在被刺杀前已经死亡,这时的鉴定结果是事后的且出自专家之手,而在事发时一般人并不知道该人已经死亡因此应把刺杀当做具有危险性的行为,“从被告人的行为性质看,也不能说没有结果发生的危险,因而成立杀人未遂”。^③这样定性就有助于将此案的解释合理化,以犯罪未遂定性具有可罚性,并将“不能犯”的不可罚性坚持到底。因此,前述两案的行为都具有侵害法益的先危险性,虽然最后并没有转化为实际危险,但是仍然具有可罚性,不过这是未遂犯的可罚性。如果将该种情形认定为不能犯未遂,那么实际上就肯定了不能犯的可罚性,而不能犯既然不可能侵犯法益,不具有犯罪构成的客观要件,不是一种犯罪形态,那么肯定不能犯的可罚性就是违背逻辑的,就会引起刑法学理论的混乱。

2. 把未遂犯当做不可罚的不能犯损害了刑法的法益保护机能

我国刑法学通说关于不能犯与未遂犯的区分受到了挑战,批判我国刑法学通说的观点都坚持不能犯的不可罚性。笔者也赞同这一观点。不过,坚持不能犯的不可罚性必须正确把握不能犯的范围,不能把原本属于未遂犯的行为当做不能犯处理从而扩大不能犯的范围,亦即把本是有罪的行为当作非犯罪行为处理,从而损害刑法的法益保护机能。

有学者认为将稻草人当做活人开枪的、将尸体当做活人杀害的都属于不能犯,并且认为:“以为被害人在睡觉而向床上开枪,但被害人不在家的,是不能犯”。^④该学者认为上述后一个例子与前面两个例子在性质上是一致的,所以将其并列在一起都当做不能犯处理,笔者认为这个判断是存在问题的。因为稻草人

^① 1982年4月10日下午,被告人陈新在上厕所时听到厕所外女儿发出哭声,出来后抱起扑倒在地的女儿,发现女儿的脸和嘴上都很脏,便怀疑是女儿旁边的4岁男孩杨红推倒的,于是便抓住杨红的左肩将其推倒在地,且使杨红的头部碰到石头上。随后,陈新将杨红抱起发现地上、石头上都流有后者的血,还听见后者的喉咙里发出鼾一样的声音,且脸色苍白,不哭也不哼。陈新害怕承担刑事责任就将杨红抱进猪屋,然后清理地上的血迹。陈新第二次进猪屋时将一捆稻草盖在杨红身上,而第三次进猪屋时好像见覆盖的稻草动了一下,怕杨红又活过来,就用一块大石头砸杨红头部并在其身上压一块石磨。后经法医鉴定,杨红头部被砸伤痕系死后伤,即陈用石头砸之前,杨已死亡。参见黎宏:《从一案例看未遂犯和不能犯的区别》,《中国刑事法杂志》2001年第3期。

^② 赵秉志:《论不能犯与不能犯未遂问题》,《北方法学》2008年第1期。

^③ 周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,《清华法学》2011年第4期。

^④ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第359页。

不可能变成活人、尸体不可能具有生命,所以在前两种情形下都不具有杀人的先在危险性,但后一种情形不同,虽然被害人碰巧不在家但是也有在家的可能性。“以为被害人在睡觉而向床上开枪”的行为,虽因被害人碰巧不在家而没有造成杀人的实际危险,但毫无疑问具有极大的社会危害性。该学者随即又举例说:“如果被害人原本在床上睡觉,而碰巧上卫生间不在床上时,则宜认定为故意杀人未遂。”^①但是,这两个例子并无本质的不同,只是在程度上稍有差异。前者是因为不在家而在行为人射击时碰巧不在床上,后者是原本在床上但因为上卫生间而在行为人射击时碰巧不在床上,后者是显而易见的未遂犯,前者虽然在社会危害性程度上低一些,但是在本质上是一致的,因此将前者定性为不能犯值得质疑。在这两个案例中,只要行为人不是精神病人,他们“以为被害人在睡觉而向床上开枪”都是建立在被害人可能在床上的判断之上,而这种判断都是有一定的根据的,也是有一定的可能性的,因此行为人的行为也都具有先在危险性。

还有论者指出:“公共场所扒窃时,碰巧被害人身上未带分文或者其身上的钱财已被其他扒手扒窃了的场合,由于客观事态是行为人当时身上无钱,因而不可能造成财产法益侵害的危险性,所以,是不能犯。但如果被害人左口袋虽然没装财物,右边口袋装有财物时,由于存在扒窃右边财物口袋的危险,因而是未遂犯。”^②笔者认为,在上述两种情形下行为人的行为都应该是未遂犯而不是不能犯。其理由是,被害人身上无钱或钱碰巧不在被扒窃的口袋都是“后在”的,行为人在行窃之初并不知道这个情况,完全存在被害人身上有钱并在被扒窃的口袋里的可能性,在这两种情形下都存在侵害法益的先在危险性,这是对行为定性的关键,至于实际上确实没有“危险”那也是先在“危险性”的一种表现,对行为的定性并无决定性的影响。有学者明确指出:“甲拦路抢劫,但行人(被害人)身无分文。没有发生侵害结果的原因,是行人没有随身携带财物。但是,行人随身携带财物的可能性非常大,故应认定甲的行为成立抢劫未遂,而不能认定为不能犯。”^③事实上,很多没有“后在的实际危险”的行为恰恰不能定性为不能犯而应定性为未遂犯。例如,甲向乙开枪,后来测试甲枪的有效射程为100米,而甲乙相距120米。这就是说,甲向乙开枪由于甲枪的有效射程不及甲乙的距离而不可能造成实际损害,但这种结论都是事后经过测量得出的,而在甲向乙开枪时,甲乙都不知道这一点,甲以为可以击中乙,乙也以为甲可以击中自己,并且一般人根据正常的经验知识也认为甲可以击中乙,乙作为正常人看到甲向其开枪射击早已吓出一身冷汗,可见甲向乙开枪射击具有先在危险性,也产生了使乙“吓出一身冷汗”的实际危害,更何况枪的射程测量也不一定十分精确,也不排除枪的实际射击距离超出其射程的特殊情况出现,因此甲的行为虽然没有后在的实际危险却有先在的危险性,因而甲的行为是未遂犯而非不能犯。又如,丙向丁开枪并击中丁,但丁穿着高质量的防弹衣,后经测量丙开枪射击的子弹不能穿透丁的防弹衣,也就是说丙开枪击中丁却并没有造成实际危险,但这没有“实际危险”是后在的,是丁穿着高质量防弹衣导致的,不是丙开枪射击行为造成的,丙开枪射击本身依然具有先在“危险性”,只是由于丁穿着高质量防弹衣才没有变成“实际危险”,可是丁也因此受到巨大的心理恐吓,丙的行为实际上具有侵害法益的社会危害性,不能定性为不能犯而应定性未遂犯。看过电视《动物世界》栏目的观众都知道,处于食物链顶端的捕猎者——狮子——的猎捕成功率也只有25%左右,实施捕猎行为不一定导致捕猎成果的出现,我们不能说其他75%的没有捕猎成果的行为都不是捕猎行为。犯罪行为与此类似,犯罪行为绝不会全部导致直接的危害结果,只有一部分犯罪行为会导致直接的危害结果,我们不能说那些没有导致直接危害结果的行为就不是犯罪行为,进而将其当做不能犯处理。一种行为是否构成犯罪就犯罪客观方面而言,不能根据行为结果危害有无的实际来判断,而应从行为本身能否带来危害结果的可能性来判断。

正如有的学者所言:“刑法之所以将某种行为规定为犯罪,并不仅仅是因为该行为客观上引起了某种危害结果,还因为该行为极有可能造成某种结果,危及刑法所保护的利益,破坏现实的社会秩序。因此,刑

① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第359页。

② 钱叶六:《未遂犯与不能犯之区分》,《清华法学》2011年第4期。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第358页。

法上的危险判断不是一个简单的事实判断问题,而直接关系到刑法的规制范围。”^①“不能犯”不能以是否有“后在的”实际危险来判断,而是根据是否有“先在的”危险性来判断,尤其要把“危险性”与“实际危险”这两个概念区别开来。即使在日常生活中,对于某种行为是否妥当,我们也是从先在危险性而非后在实际危险来评价。例如,一个6岁小孩在看了动画片后产生会飞的幻觉然后从二楼阳台跳下去,碰巧跌落在厚厚的软垫子上而毫发无损,即没有后在的“实际危险”,但这种行为肯定是不妥当的,该小孩肯定会因为行为具有先在的“危险性”而受到父母的批评教育。因为若下次其还这样跳下去,则未必还会那么幸运地跌落在厚厚的软垫子上,危险性就可能转变为实际危险了。没有先在“危险性”就一定不会导致后在“实际危险”,而没有后在“实际危险”却不一定没有先在“危险性”。“危险性”是根据时间的绵延性来考察的,“实际危险”是根据时间的某个点即行为时的那个时间点来考察的,尽管有时“有无危险性”和“有无实际危险”可以是同一个意思,可以相互替换,但更多的时候二者的意思并不一致且不可相互替换,如果“没有实际危险”的时间点能绵延为“没有危险性”,那么行为就是不能犯而非未遂犯;但如果“没有实际危险”的时间点不能绵延为“没有危险性”,那么行为就是具有先在危险性,就是未遂犯而非不能犯。

三、不能犯不可能转化为既遂犯,而未遂犯可能转化为既遂犯

犯罪未遂只能指“能犯未遂”而不能指“不能犯未遂”。“能犯未遂,是指犯罪人所实施的行为本身可能达到既遂,但由于意志以外的原因而未得逞;不能犯未遂,是指犯罪人所实施的行为本身就不可能既遂因而未得逞。”^②开枪杀人但未射中的、用砒霜杀人但被害人由于抢救及时而没有死亡的都是能犯未遂,也就是犯罪未遂。把物当作人开枪的属于对象不能犯,把糖当做砒霜用来杀人的属于手段不能犯,都是自身不可能产生杀人的结果,不可能转化为杀人既遂,因此是不能犯而非未遂犯。我国传统刑法学理论将未遂犯分为能犯未遂与不能犯未遂两种情形存在较大的问题,从逻辑上就讲不通,因为能犯存在既遂和未遂两种情形,所以能犯未遂不过是能犯既遂的反面,能犯未遂犯是有可能发展成为既遂犯的,故以犯罪论处。而不能犯只存在未遂一种情形,它没有既遂犯这个反面,也不可能转化为既遂犯,应该按无罪处理。由于未遂犯是一种犯罪形态,因此不能犯不是未遂犯的一种。在“不能犯未遂”中,“不能”和“未遂”是同一个意思,“不能”就是指“未遂”,“未遂”也是指“不能”,“不能犯未遂”是重复定义,违背“定义”的原则,不是一个科学的概念,应该称作“不能犯”。有学者指出:“不能犯的概念不宜作为犯罪未遂的一种类型来使用;事实上,未遂都是由于某种原因而不能既遂,故也没有必要将犯罪未遂分为能犯未遂与不能犯未遂。”^③还有学者指出:“但在修法以后,不能犯不罚,因而未遂犯中不复存在不能犯未遂。”^④在此还是以前面提到的两个案例为样本进行分析:(1)犯罪人甲以为乙的上衣左口袋有钱而将手伸进去,但乙的钱在右口袋。乙的钱现在在右口袋里,但总有可能在左口袋里,“乙的钱在左口袋里”这个假设是成立的。退一步说,乙的上衣左右口袋里都没有钱,钱在裤子口袋里,只要甲的手伸进上衣左口袋,以盗窃罪未遂论处也是正确的。因为乙的钱有在左口袋的可能性,甲的行为有“先在”危险性,有可能转为既遂犯,对其应按未遂犯处罚。因此,影响这个案件定性的关键并不在于乙的口袋里有没有钱,而在于甲伸手进入乙的口袋这种行为本身所具有的危险性,且这种行为相对于乙口袋里是否有钱的实际判断具有先在性。(2)小偷乙想偷6楼民宅的东西,反复地从楼下地面向该6层高的民宅跳跃和徒手攀援。如果小偷乙现在在楼底下,那么按照他这种徒手攀援的方式,他有可能进入6楼的民宅里吗?“小偷乙徒手攀援进入6楼民宅”这个假设是不成立的,小偷乙的行为没有“先在”危险性,没有可能转为既遂犯,只能成立不能犯。

由于我国传统的刑法学把不能犯当做未遂犯的一种进行认定,但又不能合理地解释迷信犯这类问题,

① 黎宏:《刑法中的危险及其判断——从未遂犯和不能犯的区别出发》,《法商研究》2004年第4期。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第351页。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第300页。

④ 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。

因此又有研究者提出将不能犯分为绝对与相对两种,如在“张筠筠等运输毒品(未遂)案”^①的判决书中就作了这种分类解释。但是,这种解释是不科学的。因为这种解释把手段与目的因果关系跟社会危害性联系起来,而这种联系非常牵强。实际上,二者的区别在于是否具有社会危害性而不在于目的与手段因果联系的科学性上。所谓“绝对不能犯”是指不能犯,指不可能达到目的之结果,绝对没有危险性,不可能出现危害结果,不可能转为既遂犯;所谓“相对不能犯”是指未遂犯,虽然没有实际危险的结果,但是有危险性,有可能出现危险结果,有可能转化为既遂犯。由此可见,这种区分完全没有必要。

犯罪与犯罪未遂有着不同的含义并存在根本的区别,而不能犯与不能犯未遂是同一个意思。因为犯罪有既遂与未遂两种情形,并且存在未遂向既遂转化的情形,但是不能犯只有未遂一种情形,既然是不能犯,自然就不可能转化为既遂犯。实际上,所谓的迷信犯只是不能犯的一种,而不是犯罪未遂的一种,迷信犯不可能转化为既遂犯。我国有学者由于混淆了不能犯与未遂犯的界限,因而极力强调不能犯与迷信犯的区别,认为“手段不能犯未遂与迷信犯具有本质的区别,手段不能犯时,行为人所实施的行为与其所认识(或本欲实施)的行为完全不同,而迷信犯所实施的行为与其所认识(或本欲实施)的行为完全相同;手段不能犯是由于认识错误所致,迷信犯是由于愚昧无知所致”。^②该学者还认为,手段不能犯成立犯罪未遂,而迷信犯不成立犯罪,其实这样的观点也值得商榷。因为犯罪不仅仅在于主观要件,关键还在于是否具有侵害法益可能性的客观要件,即使行为人没有犯罪的主观故意,但是如果产生了侵害法益的客观危险性,那么也可以以犯罪(未遂)论处;反之,如果行为人有犯罪的主观故意,但不可能产生侵害法益的客观危险性,那么就是不能犯,对其就不能以犯罪论处。“传统观点以不能犯出于认识错误肯定其可罚性,以迷信犯出于愚昧无知否定其可罚性”,^③也是错误的。迷信犯不具有可罚性,不是因为行为人愚昧无知,而是行为人的行为不具有危险性,愚昧无知不是无罪的理由。为帮助某人升天而将其杀害的行为虽然是愚昧无知的行为,但也是有罪的行为,因为这种行为侵害了法益。判断某一种行为是未遂犯还是不能犯,关键要看该行为是否具有侵害法益的危险性而非是否愚昧无知。这个论断可以和犯罪未遂的定义联系起来考虑,因为犯罪未遂的定义强调由于“犯罪分子意志以外的原因未得逞”,如果没有犯罪分子意志以外的原因,犯罪是有可能得逞的,所以“未遂犯”之行为都具有侵害法益的可能性。而在“不能犯”中,犯罪不可能得逞不是由于行为人意志以外的原因而是由行为本身的原因造成的,自始至终都不可能侵害法益,绝无危险性。不能犯没有侵害法益的危险性,是由于行为人本身的行为方法、行为对象和行为主体之不能而导致犯罪不可能发生;而未遂犯之犯罪结果没发生,不是由于行为人自身的原因,而是由于“犯罪分子意志以外的原因而未得逞”。然而,犯罪分子意志以外的原因也具有偶然性,既有可能发生,也有可能不发生。若犯罪分子意志以外的原因不发生,则会造成实际的危险,就是既遂犯,所以未遂犯是有可能向既遂犯转变而具有危险性的。由于行为人意志以外的原因而未得逞的,是未遂犯;由于行为人自身的原因而不可能得逞的,是不能犯。得逞与否是事后判断,因此不能作为“不能犯”的判断标准。“如果坚持‘绝对客观说’的立场,完全以行为后所查明的客观事实为基础,以裁判时为标准,从专家的立场出发来判断有无危险,则会得出任何未遂犯都是不能犯的结论。这显然不符合《刑法》处罚未遂犯的规定。”^④因此,对不能犯的认识要视角前移,不是看事后是否得逞,即是否有后在的“实际危险”,而是要看事前能否得逞,即是否有先在的“危险性”。在没有实际危险的情况下,有先在危险性就有可能转化为实际危险而构成未遂犯,无先在危险性就

^① 该案判决书中写道:绝对不能犯与相对不能犯的主要区别在于:前者意欲实施的行为与其实际实施的行为是一致的,但因使用的手段与目的之间的因果关系是建立在反科学、超自然的基础上,故该种手段行为在任何情况下都不可能引起危害结果发生,不具有实质的社会危害性;后者所认识到的手段与目的之间的因果联系是真实的、有科学根据的,只是因为行为人一时疏忽致使意欲实施的行为与其实际实施的行为形似而质异,才未能造成犯罪结果。否则,其所使用的手段或工具就能合乎规律地引起危害结果发生,实现其犯罪目的。因此,刑法理论上一般认为,绝对不能犯不构成犯罪,而相对不能犯则构成犯罪未遂。参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭编:《刑事审判参考》(1999年第5辑),法律出版社1999年版,第34~39页。

^② 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第352页。

^③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第354页。

^④ 黎宏:《刑法中的危险及其判断——从未遂犯和不能犯的区别出发》,《法商研究》2004年第4期。

不可能转化为实际危险而成立不能犯。

在判断行为人的行为是未遂犯还是不能犯时,不能将视野仅仅局限在本次行为的结果上,而是要考查本次行为结果“无实际危险”的性质是出自必然还是出自偶然上;如果是出自偶然,那么这种行为虽然在本次是“无实际危险”的,但在下次就有可能成为“有实际危险”的,也就是说在下次有可能转化为既遂犯,因而本次行为就是未遂犯;如果是出自必然,那么这种行为不仅在本次是“无实际危险”的,在下次依然是“无实际危险”的,也就是说在下次也不可能转化为既遂犯,因而本次行为必是不能犯。例如,甲从警察手中抢到一把仿真枪朝丙射击,乙从警察手中抢到一把真枪朝丙射击,但这把真枪里并没有子弹,因此其结果都是不能杀害丙。但是,前者是无先在危险性,不可能转化为杀人的实际危险;后者则是有先在危险性,只是碰巧枪里没有子弹才没有造成实际危险,因为警察的真枪里是可能有子弹的。因此,前者的无实际危险出自必然,后者的无实际危险出自偶然;前者是不能犯,后者则是未遂犯。当然,这里的不能犯与未遂犯都是针对杀人行为而言的,前者虽不构成杀人罪,但可能构成其他犯罪。未遂犯之所以是一种犯罪形态,为刑法所否定和制裁,是因为从时间的绵延性讲,未遂犯的本次行为结果没有造成实际危险是行为人意志以外的原因造成的,行为人下次再实施这种行为,排除行为人意志以外原因的偶然因素,那么就有可能造成实际危险,就可能侵犯法益而变成既遂犯;不能犯之所以不是一种犯罪形态,不为刑法所否定和制裁,是因为从时间的绵延性上讲,不能犯的本次行为结果没有造成实际危险并不是行为人意志以外的原因造成的,而是行为本身造成的,行为人下次再实施这种行为,还是会“无实际危险”,绝不会侵犯法益变成既遂犯。

四、基于“本质”的案件事实定性

以上探讨了“未遂犯”与“不能犯”的区别,其核心是有无“先在危险性”。“不能犯”因为具备无“先在危险性”这一本质特征,所以就不具备未遂犯的客观要件和向既遂犯转变两个特征。目前,司法实务部门往往对于一个毫无争议的案件事实却在定性上争论不休,就是因为我国传统的刑法学理论在概念含义的认识上较为混乱,不能从本质上把握概念的含义和认定案件事实。

本质与现象是认识的一对范畴,任何事物都有本质与现象两个方面。本质是事物本身所固有的、决定事物性质、面貌和发展的根本属性,是一类事物区别于他类事物最根本的东西;现象是本质的具体表现,是事物个性、特殊性、具体性的总和。人的认识通常有一个从感性认识到理性认识的过程,也是一个从认识现象到认识本质的过程。对事物的认识是否深刻以是否澄清本质为标志,但是现象是认识的第一阶段,而现象作为本质的表现,总具有本质的某些属性,这就出现把现象当做本质认识、使认识仅仅停留在感性阶段而不能深入、本质的真相无法被揭示出来的问题。一个事物只有一个本质却可能有多个现象,不同质的事物却有可能呈现出相同的现象。现象还有真相与假象的区别。真相从正面表现本质,假象从反面表现本质。有时现象虽是虚假的,但仍是本质扭曲的表现。如果从假象认识事物,那么就会得出错误的结论。因此,对案件事实,如果不从本质而仅仅从现象定性,那么就可能出现定性上的错误。盗窃与抢劫都可以呈现“平和状态”的现象,“平和状态”是抢劫的假象,因此仅仅从“平和状态”的现象上并不能区分上述两种犯罪。例如,26岁的男青年刘某在深夜偷偷进入76岁的孤寡老人王某家中行窃时惊醒了王某,刘某对王某不要拿走财物的哀求置之不理,最后找出现金2000元拿走。案发后,对于王某的行为该如何定性存在争议。有人认为,由于刘某并未实施暴力,仍然采用平和的手段,不可能致人伤亡,因此其行为属于公开盗窃行为,构成盗窃罪。但是笔者认为,在这个案子中,刘某虽然没有实施暴力,但却潜藏着对人的暴力,只不过这种暴力因为双方(26岁的男青年对76岁的孤寡老人)之间力量的悬殊对比而被隐藏起来,王某是因为相对力量太弱而不敢阻拦,刘某是因为相对力量太强才敢于在王某眼皮下近距离拿走钱财,所以该案虽然呈现“平和”现象却掩盖不了“暴力”的本质,“平和状态”实为假象,基于案件事实的本质定性,对刘某的行为应当以抢劫罪论处。设想一下,如果行为人与受害人的角色转换一下,让76岁的王某(女)盗窃26岁的刘某(男),那么就会出现另一种力量对比,就不可能出现上例中的情形,而是翻转为另一种情形,被惊醒的刘某根本不会哀求王某而是上前将其抓住,王某见刘某醒来会立即逃跑而不是继续翻找钱财。正如

“平和”可以成为盗窃与抢劫的共同现象一样，“后在的无实际危险”也可以成为未遂犯与不能犯的共同现象。也正如“暴力”才是盗窃罪与抢劫罪的本质区别一样，有无“先在危险性”才是未遂犯与不能犯的本质区别。正如“暴力”可以表现为“直接施暴”和“平和”两种现象一样，有“先在危险性”也可以表现为“危险发生了”和“危险实际上并未发生”两种现象。虽然前者是犯罪既遂，后者是犯罪未遂，但都是犯罪。无“先在危险性”只有“危险实际上并未发生”这一种现象，不是犯罪，也是不可罚的。在刑事案件史上，根据“本质定性”往往在疑难案件的认定中都起决定性的作用。例如，当法律仅规定由“运行中”的车辆负交通责任时，在高速公路上“停放”不“运行”却导致交通事故的车辆应否负责？法律规定“用武器伤人加重处罚”，那么一个人“用盐酸伤人”算不算“用武器伤人”？对于“车辆长时间以停车的状态停放在快车道上”^①和“用盐酸伤人”^②两种情形，如果仅根据现象来定性那么是不够的，车辆的“停放”和“运行”是不同的现象，“武器”和“盐酸”也是不同的现象。但是，在特定的情境下，也就是说，车辆不是停放在停车场而是停放在高速公路上，“盐酸”不是当做化学品用来做实验或洗涤而是用来伤人，那么对它们的本质就要重新认识，“将在公路上‘停止的’车辆认定为‘运行中’，将‘盐酸’视作‘武器’，都是从案件事实的本质来定性的，即‘停止的’车辆虽然在表象上不同于‘运行的’车辆，但对交通安全所造成的本质危害性是相同的；盐酸和机械器具在现象上也是不同的，但对人体造成的本质伤害性是相同的”。^③借鉴上述案例可以发现，基于案件事实的本质定性是何等重要。遗憾的是，上述两个案例并未引起我国刑法学者的重视，更没有人对这两个案例进行刑法学理论的研究，没有自觉地从本质上进行定性和发现案件事实的本质是什么，而是从现象甚至假象来认识案件和给案件定性，这样的认识和定性当然是错误的，于是在定性上就出了盗窃与抢劫、不能犯与未遂犯等相混淆的结果。

“对案件事实的定性，不能从法律概念的字面表述和案件事实的现象的关联度来判断，而应该从法律概念的本质和案件事实的本质的关联度来判断。但是案件事实首先呈献给法官面前的是它的‘现象’，而‘定性’是针对案件事实的‘本质’，如果被‘现象’所遮蔽，不能够发现‘本质’，案件事实的定性是不可能准确的。”^④对于“不能犯”这个概念，有没有“后在”的实际危险是现象，“先在”无危险性才是其本质，才是我们在定性时目光流连忘返的地方。只有坚持不能犯的先在无危险性，才能将不能犯的不可罚性坚持到底，从而既不扩大未遂犯的范围，又不扩大不能犯的范围。

责任编辑 田国宝

① 参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第226页。

② 参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第224页。

③ 聂长建、李国强：《论案件事实的定性原则——以盗窃与抢夺、抢劫三个概念的界限为例》，《中南大学学报》（社会科学版）2010年第5期。

④ 聂长建、李国强：《论案件事实的定性原则——以盗窃与抢夺、抢劫三个概念的界限为例》，《中南大学学报》（社会科学版）2010年第5期。