

陈洪兵:犯罪既未遂疑难问题探讨 PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E9_99_88_E6_B4_AA_E5_85_B5__c122_484880.htm 从客观的违法论的立场

看, 涉及生命等重大法益的间接故意犯罪的未遂也具有科处刑罚的必要性。行为犯(包括举动犯)与结果犯的区分, 旨在解决犯罪既遂标准的问题, 而危险犯与实害犯(即侵害犯)所解决的是犯罪成立标准的问题。我国立法既定性又定量的特点决定了, 我们在讨论既未遂的问题时, 必须确定我们是在应然层面还是实然层面进行讨论这一前提, 否则, 国外相关的研究成果搬到我国后, 可能就是南橘北枳。【关键词】犯罪既遂; 未遂; 犯罪成立; 应然; 实然 我国刑法学界对未遂犯和中止犯探讨的比较多, 但对于犯罪既遂形态的探讨相对较少。尽管从理论上讲, 解决了未遂犯和中止犯的认定问题, 既遂犯认定的问题也就相应解决了, 但是, 既遂犯既然作为犯罪形态的一种, 必有其自己的特点。因此, 从理论上对既遂形态的特点进行单独的研究和总结, 于理论于实践都具有重要意义。正是出于这个考虑, 笔者拟在本文中, 结合未遂形态, 对相关犯罪类型的既遂问题作一初步探讨, 以期对理论和实践有所帮助。

一、特殊犯罪类型的既未遂 经初步总结, 笔者认为间接故意犯、不作为犯、持有犯、结果加重犯、情节犯(包括数额犯)等几种犯罪类型的既未遂形态有一些特殊性, 因此需要专门探讨。下面分别予以研讨。

(一) 间接故意犯 我国刑法理论上将故意犯罪分为直接故意犯罪与间接故意犯罪。对于间接故意犯罪, 通说认为, 间接故意犯罪由其主观“放任”心理的支配, 而在客观方面不可能

存在未完成特定犯罪的状态，因为客观上出现的此种状态或彼种结局都是符合其放任心理的。因而对这种案件应以行为的实际结局决定定罪问题。这样间接故意犯罪也就没有了犯罪未完成形态存在的余地。[1] (P.147)在评价通说之前，我们先看看美国关于间接故意未遂的态度。在美国，跟普遍的明确的规则相反，少数州排除了传统的成立杀人未遂罪的作法。认为即使被告人在没有杀人意图的情况下，其行为也可能被认定为“轻率谋杀未遂”或“对生命极端漠视谋杀未遂”。传统观点认为构成未遂犯罪的要件是行为人必须具有追求目标犯罪的目的。少数州的做法表明，只要被告人故意的有目的地在轻率地或者对人的生命极端漠视的心态下实施犯罪行为就足够成立未遂。这个原理就是，当被告在明知可能导致杀死一个无辜的人的情况下还故意实施行为，他就是应受谴责的和具有人身危险性的，因此，应承担未遂犯罪的责任。[2] (P.278)笔者认为，间接故意有存在未遂的可能性，有时也有处罚的必要性。例如，行为人为了骗取保险金而放火烧毁一幢建筑物，放火前他明知建筑物内可能有人，但他还是迫不及待地放了一把火。里面正巧有人在睡觉，这人被大火惊醒后，义无反顾地从楼上窗户跳出，所幸的是，下面碰巧是草地而安然无恙。在这个案例中，行为人抱着对他人生命极端漠视的态度，事实上放火行为也对他人的生命构成了严重的威胁，能因为行为人主观上对他人生命的侵害只具有间接故意的主观罪过，而不予追究故意杀人未遂的责任吗？这恐怕有违普通人的法感情，也与客观的未遂犯论相抵触。根据客观的未遂犯论，未遂犯的处罚根据在于行为侵害法益的现实危险性。上述放火行为，显然严重威胁到无辜人的生命

，跟轻罪的直接故意犯罪相比，更具有处罚的必要性。再说，直接故意与间接故意的分类只是理论上的分类，未遂犯的成立条件“未得逞”并非犯罪目的未达到，而是指犯罪未完成。由此笔者认为，处罚可能涉及人的生命、重大健康等重大法益的犯罪的间接故意犯罪的未遂，不仅不违反罪刑法定原则，而且更有利于预防犯罪和保护法益。（二）不作为犯国内学者对不作为犯的既未遂探讨的不多。根据客观的未遂犯论，未遂犯的处罚根据是行为侵害法益的现实危险性，因此，我们在认定不作为犯的既未遂形态时也应应当以行为侵害法益的危险性的紧迫程度为根据。学界普遍接受真正不作为犯与不真正不作为犯的分类，但对于研究不作为犯的既未遂来说帮助不大。对于母亲企图通过不给婴儿哺乳杀死自己的小孩的事案中，并非一开始就认为有侵害法益的危险性，因为小孩从饱到饿有一个过程。应该说只有在小孩非常饥饿以至不立即哺乳就有生命危险，这时母亲给自己小孩哺乳的作为义务才是急迫的，但能不能说这时就既遂了呢？显然不能，而只能认为不作为杀人的刚刚着手。如果这时被他人强迫履行了义务或者其他妇女用自己的乳汁救活了这个小孩，则成立不作为犯的未遂。小孩最终饿死了，当然也相应成立不作为犯的既遂了。对于非法侵入住宅罪，在行为人善意进入但在主人要求其退出而拒不退出的事案中，应该说只有在这时行为人才产生了作为义务，才能认为是非法侵入住宅的着手，那么，能不能认为就已经既遂了呢？显然不能。这时若被主人一脚踹出去，那就是未遂。何时既遂？理论上讲，僵持了一段时间就构成既遂。当然，从我国的司法实践来看，常常是行为人把死人的灵堂摆到别人的客厅去了，才认为情

节严重因而构成犯罪。对于拒绝提供间谍犯罪证据罪来说，能不能认为一拒绝提供就犯罪既遂了呢？显然不能，一是条文规定只有情节严重才构成犯罪，二是认为一拒绝就既遂，就没有未遂和中止成立的余地了。因此，从理论上讲，行为人拒绝提供后，司法人员又在行为人的家里搜出了该证据，则可以认为是未遂。同样，偷税等罪，也有成立未遂的可能。对于不作为犯罪来说，可以初步认为，只有当履行作为义务迫切时，也就是说，侵害法益的危险性达到现实紧迫的程度时，才能认定不作为犯的着手的开始，这时才可能认定不作为犯罪的未遂，至于既遂的成立则更要靠后。（三）持有犯 持有型犯罪在英美法系国家称状态犯。在国内理论上持有行为属于作为与不作为以外的第三种行为，属于作为犯的一种，以及属于不作为犯的一种的争论。不管持哪一种观点，都得承认持有犯有其自身的特点，因而需要专门进行研究。我国刑法中的持有犯，笔者认为有非法持有假币罪、非法持有枪支、弹药罪、非法持有毒品罪、巨额财产来源不明罪等。就持有枪支罪而言，何时既未遂呢？或者说，持有犯有未完成形态吗？由于持有型犯罪证明的只是一种状态，对其来源和去向往往未能得到证明，否则通常就要按得到证实的来源或者去向所触犯的罪名定罪量刑。当然，有时即使来源和去向未必构成犯罪，但由于这种物质的特殊性，为防止其流散到社会也会动用刑罚手段进行规制。就持有毒品罪而言，若能查明来源是自己制造的，或者去向是准备用于贩卖的，则会按照制造毒品罪、贩卖毒品罪定罪量刑，就不再有持有毒品罪存在的余地。对于巨额财产来源不明罪而言，若能查明所得系合法所得或者是贪污、受贿所得，直接宣告无罪

或者定贪污、受贿罪，也不再具有巨额财产来源不明罪存在的余地。持有型犯罪中持有状态的形成，究竟是既遂的标志还是犯罪成立的标志呢？这才是关键问题。笔者倾向于认为，持有状态的形成是犯罪成立的标志。换句话说，若没有形成持有状态，连犯罪都不成立，就更不用谈既未遂了。那么成立犯罪后，还有未遂成立的余地呢？笔者倾向于认为，对于持有型犯罪来说，持有状态的形成是犯罪成立之时，也是犯罪既遂之时，没有未遂、中止成立的余地。（三）结果加重犯关于结果加重犯的既未遂问题，在国内外都存在大致相同争论，即加重结果没有发生时或者加重结果虽然发生了但基本犯未遂时，结局是不是构成结果加重犯的未遂。引发争论的原因有两点，一是尽管大多数人认为结果加重犯的典型结构应该是故意的基本犯加过失的加重结果，但立法上往往出现加重结果也可以由故意构成的现象，这就不可避免地引发故意的加重结果没有发生时成不成立未遂；二是，传统观点认为过失犯只有成不成立犯罪的问题，而没有既未遂的问题，但有学者认为既然承认过失犯也有实行行为，那就没有理由排除过失犯成立未遂的可能性。因为上述原因，学界一直争论不休。笔者认为其实质是看问题的角度不同罢了。可以举两个案例说明。案例一：甲经过观察，发现某商店晚上值班的为一女性。某日晚，甲以强奸故意侵入值班室，双手触摸到床下为女式皮鞋，于是对床上的人卡脖子，使其昏迷。正欲行奸时发现为男性，甲慌忙将被子盖住被害人全身，然后逃走，被害人因窒息身亡。能否认定甲的行为为强奸既遂？此案中，尽管发生了死亡的加重结果，但若要说构成强奸既遂，恐怕还是很滑稽的。若对象是女的，女的虽然受了重

伤，但因他人制止而强奸未能得逞，若因为发生了重伤的加重结果，就认定强奸既遂，恐怕被害人也不会答应，因为她的贞洁尚在。若女的在反抗的过程中被打死，而行为人正欲奸尸时被人发现而未得逞，如仅因为发生了加重结果而认定为强奸既遂，被害人的家属也不会答应，因为毕竟贞洁还是保住了。笔者的看法是，尽管发生了加重结果，故意的基本犯未遂时，就应认定为结果加重犯的未遂。案例二：甲打算杀死个体经营者乙后，当即抢走其巨额现金。甲持铁棒闯入乙的住宅后，用铁棒击乙的头部，乙在反抗过程中，传来警车声，甲仓皇逃走。甲的行为致乙轻伤，但未能抢走财物。对甲的行为应否认定为结果加重犯的未遂？对此事案，由于对加重结果，行为人是持积极追求的态度，加重结果没有发生，能否认为构成结果加重犯的未遂呢？不认定为结果加重犯的未遂，而认定为结果加重犯的既遂，似乎更不妥当。但如果只认定基本犯的既未遂，则又忽略了对加重结果的评价。事实上撇开抢劫不论，单独评价杀人，也应属于情节恶劣的故意杀人未遂。之所以产生争论，是因为连司法解释也肯定，预谋以杀人的手段实施抢劫的，只定抢劫罪，杀人情节被抢劫罪包括评价。当然，重罪被包括在轻罪中进行评价显得不合理，自不待言。我们可以看出，如果立法和司法解释不肯定加重结果可以由故意构成，而是一以贯之地坚持加重结果只能由过失构成的传统观点，则现在这种争论就完全可以避免。比如上述抢劫案，属于犯罪学上典型的谋财害命犯罪类型，定故意杀人罪名正言顺。至于上述强奸案，我们承认它构成强奸未遂，相对于加重结果发生且强奸又得逞的事案，从宽处罚就是了。因此，关于结果加重犯未遂的争论，

说到底完全是完全没有必要的。（四）情节犯（包括数额犯）理论上认为，情节严重到一定程度才构成犯罪的，就是情节犯。笔者认为，“数额较大”、“后果严重”、“重大损失”等，都可以认为是情节严重的表现。这几类通常是较为明确的情节，因此立法者作明文列举，除此之外只用“情节严重”、“情节特别严重”表述的，可以认为是目前还无法明确表述的所谓综合情节。情节犯有没有既未遂之分呢？举侮辱、诽谤罪为例，刑法第246条规定“……情节严重的，处……”，该条文中的“情节严重”是侮辱、诽谤罪成立的条件还是犯罪既遂的条件呢？这才是问题的关键。笔者认为，“情节严重”是犯罪成立的标志。理由在于，之所以用“情节严重”来表述，是因为这种犯罪的行为性质本身并不是很严重，性质本身就极为严重的故意杀人就无需“情节严重”，要求“情节严重”正是为了限制处罚范围。我国刑法第13条但书的规定也表明，只有危害性达到一定程度的才能进入刑法规制的视野。因此，情节一般的侮辱、诽谤行为，只是一般违法行为，适用行政处罚，只有情节严重的，才构成犯罪。故我们的结论是，情节犯的情节是犯罪成立的标志，亦是犯罪既遂的标志。其实，既然没有犯罪未完成形态，只有犯罪成不成立的问题，称其既遂也是没有必要的。正如我们认为对于过失犯的结果不发生根本就不成立犯罪，发生了结果也无需称其既遂一样。

二、行为犯.结果犯与危险犯.实害犯的既未遂 国内学者关于这两组概念主要有这样两种观点：一种观点认为，结果犯，指不仅要实施具体犯罪构成客观要件的行为，而且必须发生法定的犯罪结果才构成既遂的犯罪，即以法定的犯罪结果的发生与否作为犯罪既遂与未遂区别标志

的犯罪。所谓法定的犯罪结果，是专指犯罪行为通过对犯罪对象的作用而给犯罪客体造成的物质性的、可以具体测量确定的、有形的损害结果。如故意杀人罪、故意杀害罪、抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪，等等。行为犯，指以法定的犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪。这类犯罪的既遂并不要求造成物质性的和有形的犯罪结果，而是以行为完成为标志。如强奸罪、传播性病罪、脱逃罪、偷越国边境罪。危险犯，指以行为人实施的危害行为造成法律规定的发生某种危害结果的危险状态作为既遂标志的犯罪。如我国刑法典第114条、第116条所规定的放火罪、破坏交通工具罪等。举动犯，也称即时犯，是指按照法律规定，行为人一着手犯罪实行行为即告犯罪完成和完全符合构成要件，从而构成既遂的犯罪。[3] (P.150-157) 但另一种观点认为，行为犯与举动犯的关系就是值得推敲的问题。任何犯罪行为都是一个过程，即使是所谓的举动犯也必然有一个过程（当然，过程的长短有异），并非一着手就既遂。另外，即使是行为犯，也应以是否发生了行为人所追求的、行为性质所决定的结果为标准，而不能以是否实施了行为为标准。只是由于对结果的认定比较困难，人们习惯于说行为实施終了就是既遂。事实上，在行为犯の場合，行为实施終了结果就同时发生，即使应当区分既遂与未遂，也应以行为是否发生了特定结果为标准。危险犯也不宜以发生危险状态为既遂标志。不管是危险犯还是实害犯，都应以是否发生了特定的法益侵害结果作为区分未遂与既遂标准。例如，破坏交通工具罪属于公共危险犯，这意味着发生公共危险是该罪的处罚根据。如果某种破坏交通工具的行为根本不可能发生公共危险（如将公共交通工具上的玻璃打

碎)，则不成立破坏交通工具罪。但这并不意味着只要发生公共危险就构成既遂，发生公共危险只是意味着破坏交通工具罪的成立；如果行为没有造成交通工具的倾覆、毁坏，仍然不能认定为既遂。特别应当指出的是，行为犯与结果犯、危险犯与侵害犯，是分别根据不同标准对犯罪所作的分类，故危险犯既可能是行为犯，也可能是结果犯；行为犯既可能是危险犯，也可能是侵害犯。例如，非法侵入住宅罪，既是行为犯，也是侵害犯；伪证罪，既是行为犯，也是危险犯。所以，如果同时对上述犯罪确立不同的既遂标准，则会造成同时用几种标准认定既遂的现象。[4] (P.310-312) 笔者基本同意后一位学者的观点，但同时认为，行为犯与结果犯这组概念旨在解决既未遂标准的问题，即行为犯的既遂标志是无形结果的发生或者是法定犯罪行为的完成，如强奸罪的既遂标志是插入，脱逃罪的既遂标志是脱离羁押的状态。而结果犯犯罪既遂的标志是法定的有形的结果的发生，如人的死亡等。危险犯与实害犯解决的是犯罪成立条件的问题，如放火罪的危险犯，只有造成了公共危险，才构成放火罪。从一定意义上说，放火罪的危险犯也是放火罪的未遂犯。而实害犯，只有在形成实害时，才构成犯罪。如根据刑法第142条的规定，生产、销售劣药只有对人体健康造成了严重危害时，才成立生产、销售劣药罪。相反，根据刑法第141条的规定，生产、销售假药，只要足以严重危害人体健康，就构成犯罪，这是典型的危险犯。对比之下，危险犯与实害犯所不同的只是在于犯罪成立条件的不同，这点十分明显。因此我们只有明确了这两组概念各自的使命，才不至于犯认为危险犯是危险状态一形成就既遂以及将实害犯（或者侵害犯）等同于结果

犯等之类的错误。三、即成犯、状态犯与继续犯的既未遂刑法理论上认为，从结果的发生与犯罪的终了的关系，可以将犯罪分为即成犯、状态犯与继续犯（均从既遂角度而言）。即成犯，是指一旦发生法益侵害结果，犯罪便同时终了，犯罪一终了法益就同时消灭的情况。故意杀人罪便是如此。状态犯，是指一旦发生法益侵害结果，犯罪便同时终了，但法益受侵害的状态仍在持续的情况。如盗窃罪。继续犯，是指在法益侵害的持续期间，犯罪构成符合性也在持续的情况。非法拘禁罪是其适例。[5] (P.167)其中继续犯的既未遂值得研究。就非法拘禁罪而言，非法拘禁状态的形成是既遂的标志，还是犯罪成立标志？什么时候是非法拘禁罪的着手？非法拘禁罪有没有未遂的形态？理论上讲，非法拘禁罪可以存在预备、未遂、中止等未完成形态。例如，行为人为实施非法拘禁行为而准备绳索等工具或者踩点时被人发现而未能着手实行，可以认为是犯罪预备；行为人刚刚逼近被害人时，忽然听到警车声而仓皇逃走，可以认为是未遂；刚刚抓住被害人，但由于被害人的哀求而释放被害人，可以认为是中止。但是，尽管刑法第238条非法拘禁罪的条文没有要求“情节严重”，但刑法第13条但书决定了我们只应对构成要件进行实质的解释，即只有对法益的侵害或者威胁达到一定严重程度的行为才能认为成立犯罪。因此，我们不能认为非法拘禁被害人一秒钟的行为就成立非法拘禁罪，而只有非法拘禁状态持续了一段时间才能认为达到了值得科处刑罚的程度，才构成了非法拘禁罪。从这个角度讲，事实上很难认为非法拘禁的未遂犯和中止犯达到了成立非法拘禁罪的严重程度，换言之，认为非法拘禁罪成立之时即为犯罪既遂之时可能是比较符

合现实情况的。当然说有既遂形态，并不意味着其未完成形态也构成犯罪。四、简单的总结由上述分析可以看出，在我国区分犯罪的既未遂并非易事。笔者认为造成这种困难的一个重要原因在于，我国立法上既定性又定量的特点，不同于日、德、美等国立法定性司法定量，这导致我们在讨论既未遂问题时，必须设定一个前提，即我们是在犯罪学层面上或者说纯理论上或者说应然的层面上讨论，还是从实然的角度讨论问题，否则，这种讨论难以产生共识。例如，从理论上讲，非法拘禁罪、非法侵入住宅罪都可能有预备、未遂、中止的形态存在，但事实上，我国的“国情”决定了这些形态完全可能被认为“情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪”。再如，理论上讲，盗窃数额较大的情形也可能存在未遂，但事实上，由于我们认为盗窃数额较大是犯罪构成要件，只是盗窃数额较大的未遂形态的话，因为不符合盗窃罪的构成要件而根本就不构成犯罪。而国外对既未遂的讨论就没有我们这种“烦恼”。笔者认为，根据我国立法的特点，切合实际地讨论既未遂问题，才是应该引起我们高度重视的现实问题。

【参考文献】 [1] 高铭暄, 马克昌. 主编. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2000. [2] [美] Richard G. Singer and John Q. La Fond . Criminal Law(2)[M]. 北京: 中国方正出版社, 2003. [3] 高铭暄, 马克昌, 主编. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2000. [4] 张明楷. 刑法学(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2003. [5] 张明楷. 刑法学(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2003.

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com