

浅析犯罪未遂特征

李月娥

陕西省广播电视大学新城分校

【内容摘要】犯罪未遂是我国刑法规定的故意犯罪的一种重要的未完成形态，其理论价值和实务意义突出。要深入研究犯罪未遂这一课题，对犯罪未遂特征的理解与分析尤为重要。本文从犯罪未遂形态的概念入手进行分析，首先肯定了我国关于犯罪未遂的概念是科学的。其次通过对我国刑法界目前存在的关于犯罪未遂形态的三个特征的各类观点进行剖析，进一步明确了关于犯罪未遂形态三个特征的科学涵义。

【关键字】犯罪未遂 着手 未得逞

犯罪未遂问题与故意犯罪的预备、中止、既遂形态相比，不仅内容最为复杂，而且居于与其他停止形态均密切相关联的核心地位，因而相比之下最有研究价值，如果认真研究解决了犯罪未遂形态的问题，则整个故意犯罪停止形态的问题基本上都迎刃而解了。关于对犯罪未遂形态三个特征的理解，目前我国刑法理论界观点各异，到底哪种观点更具有科学性，对我国司法实践及理论研究更具有重要意义？

一、关于犯罪未遂的概念

什么是犯罪未遂？这是研究犯罪未遂特征之前首先需要回答的问题。从国外的立法例和理论解释来看主要存在两种主张：一是以法国刑法典为模式的未遂概念。即犯罪未遂是指已经着手实行犯罪，但由于意志以外的原因或障碍，而使犯罪未达到既遂形态的情况。这种主张把因行为人在犯罪过程中自动中止犯罪或自动有效地防止了法定结果发生而未达既遂的情况作为犯罪中止形态，以区别于犯罪未遂。二是以德国刑法典为模式的未遂概念。即犯罪未遂是指行为人已经开始实行犯罪而未达既遂形态的情况。这种主张把犯罪中止形态也包括在犯罪未遂形态中，认为只要犯罪行为已经实施，无论出于何种原因而致使犯罪未达到既遂形态的，都是犯罪未遂。只是根据导致犯罪未达到既遂的原因，将犯罪未遂分为两类：行为人因意志以外原因或障碍而未达到既遂的，是障碍未遂；行为人因自动放弃犯罪或自动有效地防止了犯罪结果发生而未达到既遂的，是中止未遂。

我国刑法采取了上述第一种规定方式。我国《刑法》第 23 条第一款规定：“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。”所谓未得逞，一般认为其表现为未能完成犯罪即未能达到犯罪既遂。可见中国刑法在犯罪未遂概念上所采取的综合主客观因素来限定犯罪未遂，区别犯罪未遂与犯罪中止的规定，是科学的。

二、犯罪未遂形态特征之一：已经着手实行犯罪

行为人已经着手实行犯罪，这是犯罪未遂形态必须具备的特征之一，也是犯罪

未遂形态与犯罪预备形态相区别的主要标志。着手是实行行为的起点，着手后的行为才是实行行为，即着手标志着犯罪行为进入了实行阶段，所以着手的认定可谓是实行行为判断的核心问题。

关于犯罪实行行为着手含义的理解，在德、日刑法理论中各学派的立场不同，观点各异。主要有客观说、主观说和折中说，在此不作赘述。在我国刑法界，同样存在着各种观点的争论。归纳起来主要有三种：

第一种观点认为，犯罪实行行为的着手是行为人在犯罪实行意志的直接支配下，开始实行刑法规定的犯罪构成客观要件的行为。^[1]此观点将犯罪构成要件的行为作了广义的理解，即认为犯罪构成客观要件的行为不仅为刑法分则所规定，而且也为刑法总则所规定。比如教唆犯，就是由刑法总则规定的具有完整犯罪构成要件的犯罪形态。由此看来，此观点有其存在的理由。但是由此观点衍生的一层含义即，将犯罪实行行为的着手理解为不仅是刑法分则规定的犯罪构成要件的行为的开始，而且也是刑法总则规定的犯罪构成客观要件的行为的开始，则无以立足。比如预备犯符合刑法总则规定的关于犯罪构成客观要件的行为，但是犯罪的预备行为是实行前的行为，是一种非实行行为。因此，这种观点存在其不科学之处。

第二种观点认为，以实质的观点即从法益侵害的立场界定实行行为和认定着手。犯罪的本质是侵犯法益，故没有侵犯法益的行为不可能构成犯罪，当然也不可能成为实行行为。不仅如此，即使某种行为具有侵害法益的危险，但这种危险非常微小时，刑法也不可能将其规定为危险行为，而预备行为也具有侵害法益的危险。因此，实行行为只能是具有侵害法益的紧迫危险的行为。换言之，只有当行为产生了侵害法益的具体危险状态时，才是实行行为的着手。^[2]此观点有单纯强调着手的客观面而忽视其主观特征之嫌，违背了辩证唯物主义所揭示的行为受主观意志支配并反映主观意志的主客观相统一的科学原理。这似乎与德、日刑法理论中实质的客观说如出一辙，即仅站在客观主义的立场来判断犯罪实行的着手。这样难免将根本没有犯罪的故意和过失的行为或者仅仅属于过失的行为也视为故意犯罪的着手实行予以追究。正如日本学者西原春夫教授所指出的，“甲对着乙举枪，准备扣动扳机。从客观上来看，这正是杀人的实行行为的着手。但是，如果根据某些理由证实这一行为只是开玩笑，也就是说甲并没有杀意，那么谁也不能认为这一行为是实行的着手吧”。另外此观点对犯罪实行行为的理解未免过于狭隘，我们知道并非所有的为刑法分则所规定的犯罪实行行为都能够产生侵害法益的具体危险状态。比如牵连犯的实行行为中的手段行为和目的行为同为刑法分则规定的实行行为。牵连犯中，手段行为是为目的行为服务的，手段行为并不能够产生行为人所要实现的侵害法益之具体危险

^[1] 参见徐逸仁：《故意犯罪阶段形态论》，87-88页，上海，复旦大学出版社，1992

^[2] 参见张明楷：《刑法学》，286页，法律出版社，2007年8月第三版

状态，而是目的行为。比如利用伪造武装部队公文、证件、印章的手段行为冒充军人招摇撞骗的情况便是如此。若按此观点的理解，那么伪造武装部队公文、证件、印章的手段行为应该被界定为犯罪预备行为。由此可见，“产生侵害法益的具体危险状态”作为犯罪着手明确的标准确实有些牵强附会，无法客观而准确地把握。可见，这种观点同样存在一定的不科学之处。

第三种观点认为，犯罪实行行为的着手是主客观相统一的概念，是指行为人已经开始实施刑法分则规定的具体犯罪构成客观方面的行为。^[1]比如故意杀人罪中的杀害行为，抢劫罪中的侵犯人身的行为和劫取财物的行为等。此观点关于犯罪实行行为的着手体现了具体犯罪构成要件的统一，它具备了主观和客观两个基本特征：主观上，行为人实行具体犯罪的意志已经直接支配客观实行行为并通过后者开始充分表现出来，而不同于在此之前预备犯的意志。客观上，行为人已开始直接实行具体犯罪构成客观方面的行为，这种行为已不再属于为犯罪的实行创造便利条件的预备犯罪的性质，而是实行犯罪的性质，这种行为已使刑法所保护的具体权益初步受到危害或面临实际存在的威胁。着手实行犯罪是客观的犯罪实行行为与主观的实行犯罪意图相结合的产物和标志。这两个主客观基本特征的结合，从犯罪构成的整体上反映了着手实行犯罪的社会危害性及其程度，也给认定着手实行犯罪提供了较科学的标准。可见这一观点完全克服了前述两种观点的缺陷，而比较科学、完整的揭示了犯罪实行行为着手的含义，为中国刑法理论界通说。

三、犯罪未遂形态特征之二：犯罪未得逞

犯罪未得逞是犯罪未遂形态的又一重要特征，我国刑法学界一致认为，中国刑法典对犯罪未遂所规定的“犯罪未得逞”这一特征，是犯罪未遂区别于犯罪既遂形态的显著标志。因此对“犯罪未得逞”含义的正确解释必须具备以下作用：这种解释能够贯彻到中国刑法一切存在既遂形态与未遂形态之分的犯罪里，而把犯罪既遂形态与未遂形态明确地、毫无例外地区别开来。^[2]关于犯罪未得逞的理解，刑法理论界大致有三类主张：“犯罪结果说”、“犯罪目的说”、“犯罪构成要件说”。那么这三类主张到底哪种主张对“犯罪未得逞”的解释更具有科学性？则需明确我国刑法中关于一切存在犯罪既遂形态与未遂形态之分的直接故意犯罪类型都有哪些。

目前中国立法中将存在犯罪既遂形态与未遂形态之分的直接故意犯罪设定为三种类型：第一类是以法定的犯罪结果的发生作为犯罪既遂形态标志的犯罪。这里所谓法定的犯罪结果，是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，而已具体测量确定的有形的损害结果。例如故意杀人罪的犯罪结果就是达到

^[1] 参见高铭喧主编：《中国刑法学》173-174页，中国人民大学出版社，1989年；姜伟：《犯罪形态通论》155页，法律出版社，1994年；高铭喧主编：《新编中国刑法学》（上册）215页，北京中国人民大学出版社，1998；高铭喧、马克昌主编：《刑法学》163-164，北京大学出版社，高等教育出版社，2005年8月

^[2] 参见赵秉志，《犯罪未遂形态研究》，110页，中国人民大学出版社，2008年1月

他人的死亡即为既遂形态，若行为人实施了杀人行为而未造成死亡结果的，就是杀人未遂。第二类是以法定的犯罪行为的完成作为既遂形态标志的犯罪。例如，强奸罪是以暴力、胁迫等手段强行和妇女发生性行为。因此，如果已经着手对妇女实行暴力或胁迫，但未能进一步实施违背妇女意志的性交行为，就不能构成强奸罪的既遂形态。第三类是以法定的客观危险状态的具备作为既遂形态标志的犯罪。例如，我国刑法第 116 条规定的破坏交通工具罪，只要破坏行为足以使交通工具发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果，即达到犯罪既遂形态。明确了我国刑法中关于存在犯罪既遂形态与未遂形态之分的直接故意犯罪所有类型，下面分析理论界关于犯罪未得逞的三种学说。

（一）犯罪结果说

此观点又可分为两种主张：第一种主张认为，“犯罪未得逞”是指犯罪行为没有产生法律规定的犯罪结果，犯罪结果是否发生应是犯罪未遂与犯罪既遂相区别的标志。这种主张认为，犯罪未遂一般只存在与发生物质性危害结果的犯罪之中，在发生非物质性危害结果的犯罪中，由于非物质性危害结果不易测量，所以不以结果为犯罪成立之要件，也不区分既遂与未遂。^[1]首先非物质性的犯罪结果并不是不可以测定的，例如我们根据犯罪的行为方式，犯罪的对象特点以及犯罪对社会造成的影响等一些客观因素，可以对这种犯罪结果作出一个大致衡量。其次，前面我们已经分析除结果犯以外，我国刑法还规定了以法定的犯罪行为完成作为既遂形态标志的行为犯和以发生法定危险状态作为既遂形态标志的危险犯。这种主张则对“犯罪未得逞”的理解无法适用于这两类犯罪。所以我们认为这种主张是不科学的。

第二种主张认为，任何犯罪都会对犯罪客体造成损害，或者说都会产生犯罪结果，对犯罪结果作为广义理解，认为犯罪结果既包括物质性结果也包括非物质性结果。这一主张将犯罪未遂形态与犯罪既遂形态的区别归于犯罪实施以后，其危害结果是已经实际发生还是尚未实际发生但可能发生，其缺陷在于将二者造成的危害结果的大小、严重程度不同作为区分标准，可见这种区分过于模糊。

（二）犯罪目的说

这种主张的学者认为，“未得逞”的本来含义解释为没有达到恶意目的，即没有如愿，所以得逞与否应该与犯罪行为人追求的目的存在着紧密联系。认为犯罪未得逞是指实施终了的犯罪行为没有达到行为人预期的目的。^[2]犯罪目的说把犯罪既遂形态等同于行为人追求的犯罪目的的实现。这是对犯罪既遂理念上的认识错误。法律对某种犯罪既遂标准的规定应当是考虑某种犯罪行为社会危害性的严重程度以及与此种犯罪作斗争的刑法需要，而绝不是行为人主观上是否实现了其预定的犯罪目的。

^[1] 参见杨春洗等：《刑法总论》，186 页，北京大学出版社，1981。

^[2] 参见侯国云《对传统犯罪既遂定义的异议》，载《法律科学》，1997（3）

即立法者规定犯罪既遂的立法本意是只要刑法所保护的法益已经受到了侵害，不论行为人自己认为的犯罪目的是否实现，刑法就完全可以将这些情形规定为犯罪的既遂。其次，犯罪目的说无法贯彻到所有存在犯罪既遂形态与未遂形态之分的故意犯罪之中。比如对以法定的危险状态出现与否作为犯罪既遂形态与未遂形态区分标准的危险犯来说，犯罪目的说的观点就无法贯彻，因为无论如何不可能认为在危险犯の場合行为人的目的只是为了制造某种危险而已。

（三）犯罪构成要件说

通过以上分析，可以看出，“犯罪结果说”和“犯罪目的说”均不能贯彻到所有存在既遂形态与未遂形态之分的三类直接故意犯罪之中而作为认定犯罪是否得逞的统一标准，只有“犯罪构成要件说”能够贯彻到这三类犯罪中从而达到明确区分它们的既遂形态与未遂形态的目的。“犯罪构成要件说”认为，犯罪未遂形态中的“犯罪未得逞”，就是犯罪行为没有齐备具体犯罪构成的全部要件，而犯罪既遂形态则是齐备了犯罪构成的全部要件。这一特征，在存在既遂与未遂之分的三类直接故意犯罪里有着不同的具体含义和表现形式：一类是以法定的犯罪结果没有发生作为犯罪未完成的标志，如盗窃罪未发生窃得财物的犯罪结果；另一类是以法定的犯罪行为未能完成作为犯罪未完成的标志，如实施脱逃的行为人在逃出监房后未能逃出监狱的警戒线；再一类是以法定的危险状态尚未具备作为犯罪未完成的标志，如行为人在油库放火，因火柴受潮而未能擦着时被捕获。^[1]另外，赵秉志学者提出，传统的“犯罪构成要件说”存在用语上的不妥当或者说不精确，即没有明确区分“构成要件”与“构成要件之要素”两个含义有别的用语，而是在同一意义上混用这两个概念。故认为，对“犯罪构成要件说”更为确切的表述应当是犯罪未遂形态中的“犯罪未得逞”，就是犯罪行为没有齐备具体犯罪构成要件之全部要素，而犯罪既遂形态则是齐备了犯罪构成要件之全部要素。^[2]这样，便可以更科学地说明犯罪未完成形态与犯罪构成要件及其要素的关系。这一学说已得到刑法学界著名博导高铭喧教授的赞同，也逐渐为中国刑法理论界认可。

四、犯罪未遂形态特征之三：犯罪分子意志以外的原因

犯罪活动在着手实行以后之所以停止在未完成形态，乃是由于犯罪分子意志以外的原因所致，这是犯罪未遂形态的又一重要特征。在刑法理论上，以犯罪人在停止犯罪活动时存在两种截然对立的主观心理状态而区分为未遂犯与中止犯：未遂犯是面对自己无法克服的阻力，被迫停止犯罪，或者使得犯罪未能够完成，而中止犯则是出于内心的意志选择而自动放弃犯罪，使犯罪没有完成。

那么，什么是行为人意志以外的原因呢？有的学者认为仅指客观情况的意外变

^[1] 参见赵秉志，《刑法学》，168页，中央广播电视大学出版社，2003年1月

^[2] 参加赵秉志，《犯罪未遂形态研究》，121-122页 中国人民大学出版社2008年1月

化，有的学者认为还包括有碍犯罪既遂的主观因素。就意外原因的种类看，有的学者将其分为客观原因和主观原因，有的则将其分为外在原因、内在原因和内外交叉的原因，还有的学者区分为外部的物质障碍和内在的心理障碍等。根据我国刑法的基本原理和犯罪未遂形态的立法思想，我国多数学者认为“意志以外的原因”应该是足以阻止犯罪意志的原因。这里如何确定对犯罪完成有不利影响的因素是否达到足以阻止犯罪意志的程度这个问题就显得尤为重要，应该以行为人主观感受为基准，以因素的客观性质和作用程度为必要补充。所以确定犯罪分子意志以外的原因，应该具备质和量两个方面的特征。从质上来说，只有那些违背犯罪分子本意的原因才能成为犯罪分子意志以外的原因。从量上来说，那些违背犯罪分子本意的原因必须达到足以阻碍犯罪分子继续实行犯罪的程度。因此，有些犯罪分子遇到一些轻微的阻碍因素，例如在抢劫罪中遇到熟人，在强奸罪中由于被害人哀求等，犯罪分子就中止了犯罪，应该认为是自动中止而不能认为是犯罪未遂。在司法实践中，所谓犯罪分子意志以外的原因，概括起来大体上有以下几种：

1. 犯罪分子本人以外的原因。主要有：（1）被害人的发现、逃避、反抗等。（2）第三者的出现、制止、抓获，政法机关的行动等。（3）自然力的破坏，例如放火时因刮大风而无法点着目的物。（4）物质障碍，例如所带工具撬不开门、撬不开保险柜。（5）时间、地点、场合对完成犯罪的不利影响，等等。

2. 犯罪分子自身方面的原因。包括因能力、力量、身体状况、常识、技巧等缺乏或不佳，或无法完成犯罪，或者由于犯罪分子主观认识上的错误，而使犯罪未能得逞，例如误以为被害人在室内而枪击，实际上被害人并不在，误以白糖为毒药而用来杀人，误以为其犯罪行为已造成犯罪结果而停止了犯罪活动，实际上犯罪结果并未发生，等等。

综上所述，中国刑法点第 23 条关于犯罪未遂概念的规定，科学而全面的揭示了犯罪未遂所具备的三个特征，从而把犯罪未遂与直接故意犯罪其他几种完成和未完成形态明确地区分开来。特征之一，“已经着手实行犯罪”指的是“行为人已经开始实施刑法分子规定的具体犯罪构成客观方面的行为”，这是构成犯罪未遂的前提条件，是齐备犯罪未遂与犯罪预备的显著标志；特征之二，“犯罪未得逞”就是犯罪行为没有齐备具体构成要件之全部要素。此为构成犯罪未遂的形态条件，它是犯罪未遂与犯罪既遂相区别的显著标志。特征之三，“犯罪分子意志以外的原因”即是“足以阻止犯罪意志的原因”，这是犯罪未遂的本质条件，是犯罪未遂与着手实行犯罪后的犯罪中止相区别的显著标志。其中前两个特征侧重于揭示其客观性，第三个特征侧重于揭示其主观性，三个特征是一个相互联系的有机整体。

参考文献:

- [1] 徐逸仁,《故意犯罪阶段形态论》,上海,复旦大学出版社,1992。
- [2] 陈兴良,《陈兴良刑法学教科书之规范刑法学》 中国政法大学出版社 2003 年 8 月第 1 版。
- [3] 张明楷,《刑法学》,法律出版社,2007 年 8 月第三版。
- [4] 西原春夫《犯罪实行行为论》,戴波等译,北京大学出版社,2006。
- [5] 赵秉志,《犯罪未遂形态研究》,中国人民大学出版社 2008 年 1 月。
- [6] 侯国云,《对传统犯罪既遂定义的异议》,载《法律科学》,1997 (3)。
- [7] 赵秉志,《刑法学》,中央广播电视大学出版社,2003 年 1 月。
- [8] 高铭暄主编,《中国刑法学》,中国人民大学出版社,1989 年。
- [9] 姜伟,《犯罪形态通论》,法律出版社 1994 年。
- [10] 高铭暄主编,《新编中国刑法学》(上册),北京 中国人民大学出版社,1998。
- [11] 高铭暄、马克昌主编,《刑法学》 北京大学出版社 高等教育出版社,2005 年 8 月。