

FANZUI WEISUI JIBEN WENTI
YANJIU

苏宏峰◎著

犯罪未遂基本问题

研 究



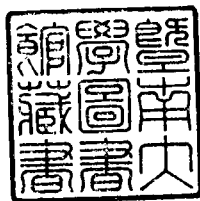
中国政法大学出版社

D917
20135

阅 览

FANZUI WEISUI JIBEN WENTI YANJIU

犯罪未遂基本问题



研 究

苏宏峰◎著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

犯罪未遂基本问题研究 / 苏宏峰著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-5620-4364-5

I. ①犯… II. ①苏… III. ①犯罪学-研究 IV. ①D917

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第133080号

- 书 名 犯罪未遂基本问题研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 8.25印张 200千字
- 版 本 2012年8月第1版 2012年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4364-5/D·4324
- 定 价 28.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

他 序

北京奥运会好像才过去不久，伦敦奥运会却又接踵而来了。万里之外的英伦三岛，正如太史公所言，“虽不能至，然心向往之”。一时兴起，浮想联翩，居然从体育穿越到了犯罪。体育还能同犯罪扯上关系不成？当然！先要声明，本人并非愤青，无意影射体坛中充斥赌球、黑哨、兴奋剂之类的黑幕与丑闻，而是从学术的角度来开辟一条研究刑法的途径。一边是体育活动、体育项目、体育比赛，一边是犯罪形态、犯罪阶段、犯罪过程，你会发现两者之间还真的太多的神似。不屑者大可讥为“关公战秦琼”，我自己则对这一重大发现有荣获奥运金牌般的窃喜。谓予不信，且听我慢慢道来。

凡体育项目，皆可定义为一个从起点到终点的过程。这个过程有长有短，短的如刘翔，像一道闪电掠过，万众还在屏息，健儿已奏凯旋。长的那就非马拉松莫属了。说起马拉松，倒是同伦敦有缘。1896年的首届现代奥运会，顾拜旦采纳了历史学家布莱尔以古罗马史实设立一个比赛项目的建议，并定名为“马拉松”。比赛沿用当年斐地比第斯所跑的路线，距离约为40公里。此后十几年，马拉松跑的距离一直保持在40公里左右。1908年第四届奥运会在伦敦举行时，为方便英国王室人员观看马拉松赛，特意将起点设在温莎宫的阳台下，

终点设在奥林匹克运动场内，起点到终点的距离经丈量为 26 英里 385 码，折合成 42.195 公里。国际田联后来将该距离确定为马拉松跑的标准长度。犯罪也是一个从起点到终点的过程。手起刀落的杀人和绵亘经年的窝赃，长短之间，或许比刘翔和马拉松的距离还要可观。

体育活动最大的特点就是竞技性。任何项目一经比赛，总是能排出名次和决出输赢，即便像街舞、广播操之类或健身或休闲的活动，也能搞个大赛，派发奖牌。但要说胜负的结果是通过一种什么样的途径具体表现出来的，那可就太复杂了。比如运动场上的田赛，是以更高更远为目标，径赛则看谁能跑得比兔子还快；再如棋类比赛，象棋以吃掉对方将帅为胜，而围棋斗的是搜刮地皮的本事，冠军就是棋界的地产大王。除开这些单人项目，还有人与动物共同参赛的项目，比如盛装舞步。还有许多是多人项目，比如足球。团体项目分工各有不同：有简单分工，比如女子团体体操比赛，每名选手独立完成跳马、高低杠、平衡木和自由体操，以总分决胜；也有复杂分工，比如篮球，以五人一队合作取胜，分为小前锋、大前锋、中锋、得分后卫和控球后卫。一人完成并不代表团体完成，也不能计成团体的胜利。每个体育项目不仅参与人数上表现不同，比赛赛制、赛程上也各有不同。比如铁人三项比赛，由游泳、自行车、长跑三项按顺序组成，需运动员一鼓作气赛完全程。再比如世界杯，由预选赛阶段和决赛阶段组成，经历分组积分赛、单循环淘汰赛最终夺得冠军。犯罪行当似乎不流行比赛，口口相传的赌神、骗精、杀人魔王之类，充其量是民间随意送出的“荣誉称号”，既

未选拔评比，也没颁奖授勋，明显违背公开公平公正原则。坊间曾有报道说一窝偷儿互不服气，摆一个擂台比谁的偷功更加绝顶，那也只不过是私底下的切磋而已，真要像奥运会般高调炫耀的话，恐怕要招来警察做裁判，或者移师班房做赛场了。但歹徒对犯罪结果的追逐，却是同健儿对金银铜牌一样的执着。而犯罪结果的复杂性和多样性，堪与胜负结果有得一比。

前面说到体育项目都是一个从起点到终点的过程，那就势必涉及起点和终点的标志问题。田径场上倒真有这样的两根起跑线和终点线，运动员往起跑线上一站，就能迎来观众的如雷掌声，而当运动员最终冲刺的一刹那，那根终点线简直变成了导火索，足以点燃全场火焰般的热情。可惜这样的两条线并不多见，在绝大多数场合，仅仅是观念上的存在而已。或者说，就好像观音娘娘般，有万千的化身。尤其是那条终点线，甚至都不能用寻常意义上的“最后关头”来理解。比如跳远或跳高，是取若干次试跳中的最好成绩，或许第一跳就决定了命运，后面几次做的都是无用功。犯罪之线则更加繁难，不说个罪坐标天差地别，就连数量也比体育多出一线。除了一头一尾的预备线和既遂线，中间还要再加一条着手线，用以区分犯罪预备与犯罪未遂。

体育比赛是一个过程，但未必每个选手都能坚持到终点。径赛中的抢跑、田赛中的撞杆、球赛中的红牌罚出等，都会导致功亏一篑。还有更喜剧的，比如马术比赛中那匹向来听话的宝驹，突然发起了犟脾气，怎么都不听使唤；也有更悲剧的，比如拳击赛中的喋血、体操赛中的折腰、跳水赛中的

坠地，都只能以担架抬出收场。至于挑战人类体能极限的马拉松，中途更是有人会付出生命的代价，感佩之余，亦唏嘘不已。犯罪行进途中的障碍则更多，未能得逞的概率也更大。但比体育更复杂的是，还必须确认一个未得逞的原因，究竟是意志以内还是以外，烦不烦？

体育比赛崇尚 **Fair Play**，因此一定要请个裁判来贯彻践行。鉴于胜负表现形式千差万别，评判标准也截然不同。比如球类项目，主要以得分判定胜负。再比如举重，以抓举和挺举的重量和判定胜负，但是当举起相同重量时，体重轻者才是冠军。体育项目大体可分为三套评判体系。一套是纯客观的，比如径赛，只需要机械判断谁最先冲过终点即可，就算请个机器人来做裁判也足可胜任；一套是纯主观的，如跳水、体操、花样滑冰等，端凭裁判打分而定；还有一套需要机械和人脑的结合。比如网球，裁判判定后，球员可以申请用鹰眼来确定判决的正误。再比如足球，进球是客观认定，但是否越位，就属于裁判的主观评判。同时，如果是足球比赛，一旦错判就无法改判，只能赛后对裁判进行处罚。当胜负评判掺杂进主观因素时，就必然存在见仁见智的可能性。更何况裁判往往不是圣人，打分时难免还会受到人情分、关系分、交易分的影响。可见 **Fair Play** 谈何容易。英语中毒品和药品都是 **drug**，裁判和法官都是 **judge**，说明两者的业务具有共性。但法官显然比裁判更难当，一是手头几乎没有什么纯客观的尺度，能用来衡量诸如着手还是预备、意志以内还是以外的界限；二是庭审中公诉人、被告人以及辩护人，双方立场迥异、观点对立，把法官挤在中间，好不为难。

前文都是铺垫，绕来绕去地说了一大推，无非想要引出最后的结论：在刑法领域中，现有的关于犯罪形态方面的研究，都是分别从总则和个罪的角度展开。这样的研究不能说不好，却能嫌不够。道理很简单，总则是以全体犯罪为研究对象，从中提炼出具有普适性的内容。但是正如体育比赛一样，面对错综复杂的个罪，能够提炼出来的共性东西实在有限。分则中的四五百个罪名，就好比一堆几乎没有公约数的数字。所谓最小公倍数，也只能是全体质数的乘积而已。而如此庞大的公倍数，运用到个罪或个案的分析时，又难免像高射炮打蚊子似的，欠缺一个准头。再说个罪角度的研究，这类研究往往并非一个完整的专题，而是专题中的一个局部。比如论抢劫罪的若干问题，或者论盗窃罪的疑难界限，其中或许会包括对抢劫罪、盗窃罪形态的讨论，但分量和深度显然不足。还有一个致命的缺陷，就是缺少了与其他罪名的横向比较，可谓只见树叶不见树林。

我一直在鼓吹展开类罪的研究，最早可以追溯到十余年前的旧作《重罪轻罪研究》。所谓类罪，指介于整罪与个罪之间的一个中间层次的个罪集合。附带说一下，“整罪”也是我杜撰的一个名词，乃全体犯罪的简称，以求整罪、类罪、个罪三名词的对应与勾连。犯罪形态是从类罪角度展开研究的最佳对象。正如体育中有所谓的明星项目，个罪中也不乏具有代表性的常见高发罪名。从中精心选择几个来作为样本，比如财产罪中的盗窃和抢劫，人身罪中的杀人和强奸，经济罪中的走私和虚开，加上秩序罪中的贩毒和组织卖淫，逐一地、细细地来进行横向比较，必能比较出一点名堂来，或能

弥补总则只见其大、大而无当，个罪只见其小、小而浅薄的缺陷。

宏峰既是我的学生，也是我的同行。原先在一家勉力维持的民营学校任教，诸多法律课程皆有涉及，惟独耽误了自己的刑法专业。后来好不容易应聘到较成气候的另一家，才重操刑法旧业，其中的甘苦艰辛，不问而知。偏偏贤公子书念得出色，一举考上大名鼎鼎的上海中学。遥想当年也是入学关口，我父母许以买一辆自行车的重奖，只要入得了上海中学的门槛。尽管那时的自行车比现在的小轿车还要稀罕，但清楚自己没那份本事，只能望车兴叹。宏峰有此佳儿，夫复何求。昔有孟母三迁，宏峰也不能不有所仿效。于是让太太留守，自己则在校门外借了一间小屋，彻夜陪读，还每天要在斜穿上海的两处奔波，你说有多辛苦。《蜗居》里面的海萍老公姓苏，恰与宏峰同姓，长得也有几分相似，憨厚隐忍一如宏峰，于是我们都把宏峰叫做了苏淳。宏峰当然要比苏淳优秀，毅然在职攻博，终于修成正果。不，应该说构成既遂才更加专业。这本研究犯罪形态的大作，就是既遂的标志。可喜可贺啊！

郑 伟

2012年4月23日

于华东政法大学

自 序

犯罪未遂在刑法典中所处的地位十分重要，其不仅关系到对未遂犯刑事责任轻重的确定，而且更是涉及能否准确判断行为人的犯罪实行行为特征，因此，其犯罪论方面的意义不能忽视，不能简单将犯罪未遂形态理解为确定刑罚轻重的依据。

我国刑法理论关于犯罪未遂的通说是主客观相统一理论，但是，近年来，从日本引进的客观主义——确切说是实质的客观主义——对主客观相统一理论提出了质疑和挑战，主客观相统一理论在未遂犯处罚的根据、着手的认定、未得逞的认定等方面，还存在许多缺陷，有些问题还难以妥善解释和解决。实质的客观主义在日本大行其道，但是，形式的客观主义在德国却如日中天，仅从日本和德国两个国家的情况比较来看，并不存在实质客观主义优于形式客观主义，或者形式客观主义优于实质客观主义的结论，因此，我国刑法的主客观相统一理论不必妄自菲薄，完全可以通过对其完善而对犯罪未遂作出适当的解释。可以说，只有符合中国国情的理论才是好的理论，形式的或者实质的客观主义未必适合中国。

近年来，客观主义提出的一些质疑，促使我们对主客观相统一理论进行反思，我们发现该理论确实存在一定的缺陷，

甚至是致命的缺陷，但是，这些缺陷不能成为我们抛弃主客观相统一理论的理由，相反，来自客观主义的质疑，为我们完善主客观相统一理论提供了契机，若无质疑，我们也许仍然躺在该理论上睡大觉。

主客观相统一理论从逻辑上说是科学的，认定和追究行为人的刑事责任当然包括主观和客观两个方面，但是，我们的认识不能在此止步，正是因为止步于此，所以，我们无法圆满回答来自客观主义的质疑。更进一步揭示主客观相统一的刑事责任理论，将增强该理论的实务性和操作性：在该理论内部，应该理清主观和客观认定标准的先后顺序，认为二者可以同时认定的想法过于理想化，针对具体案件时，同时认定几乎不可能。所以，必须发现二者的先后顺序的规律，按照科学的逻辑来认定犯罪未遂的两大基本点，即着手和未得逞。

着手的认定标准。在主客观相统一原则的前提下，在该理论内部还应该贯彻以客观方面优先的原则，这符合一般的思维逻辑。在贯彻客观方面优先的原则时，应该强调犯罪的实行行为应该符合刑法分则对实行行为特征的规定，即类型化的犯罪的实行行为；在犯罪实行行为特征不明确、不具体时，以行为对法益是否造成现实的、紧迫的危险为判断标准。不能体现犯罪实行行为特征的行为应当排除在实行行为之外。另外，应该提倡着手是行为可罚的起点、是罪与非罪的界限的理论。

未得逞的认定标准。犯罪构成要件要素齐备说较犯罪构成要件说有了重大进步，明确了成立犯罪是第一性的，成立

犯罪未遂是第二性的，成立犯罪的构成要件与犯罪未遂的构成要件并不相同，但是，诸多的犯罪构成要件要素中，哪些是影响未得逞的要素仍然不清楚，其实，只要再进一步，未得逞的标准就出现了。比较犯罪既遂和犯罪未遂，二者在犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客体这三个方面完全相同，所不同的在于犯罪客观方面，因此，未得逞的认定标准应该是犯罪构成客观要件要素齐备说。

未得逞的原因历来被忽视，已有文献对未得逞原因仅限于认定标准和原因类型的概述，对未得逞原因类型的深入分析、讨论几无，因此，在犯罪未遂的三个特征中，未得逞原因一直处于“瘦身”状态，未得逞的种种原因和未得逞原因的种种情况几乎无人问津，法学理论对实践的指导作用因此而难以提及。完善主客观相统一理论的同时，深入分析和讨论未得逞的种种原因和未得逞原因的种种情况，应该是有积极意义的。

犯罪未遂的内容牵涉到了刑法理论中的诸多问题，有涉及刑法基本原则，有涉及刑法理念，有涉及刑事政策，有涉及犯罪论体系，牵一发而动全身，因此，勉力而为的完善之举和创新之举，惟愿能为犯罪未遂理论尽绵薄之力。

苏宏峰

2012年4月28日

自识于上海七宝古镇

内容摘要

本书对于犯罪未遂问题进行了较为系统、深入的探讨，在体系结构上共分五章。各章的主要内容如下：

第一章就犯罪未遂的概念、犯罪未遂的存在范围、犯罪未遂与相邻概念的关系、犯罪未遂的类型进行了探讨。通过研究得出如下结论：犯罪未遂是指行为人已经着手实行具体的犯罪构成的实行行为，由于行为人意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态；犯罪未遂存在于直接故意犯罪之中，但直接故意犯罪并非都存在犯罪未遂形态；犯罪未遂应该是类型化的犯罪实行行为；犯罪构成是第一性的，犯罪未遂是第二性的；刑法分则模式是犯罪既遂模式而非犯罪成立模式。

第二章就未遂犯的处罚根据和处罚范围进行了讨论。通过对大陆法系关于未遂犯处罚根据理论学说的述评，认为折中的未遂论有相当的道理，进而提出主客观相统一的刑事责任理论是犯罪未遂处罚的根据，并对该理论提出了完善的意见；通过对各国刑法关于犯罪未遂的处罚范围的规定分析，以及总结我国刑法立法、司法和理论的做法及效果，认为危害行为对法益造成危险的大小应该成为限定未遂犯处罚范围的总的标准，并同时提出了犯罪未遂处罚范围的具体构想。

第三章就着手的判断标准进行了讨论。通过研究得出如下结论：犯罪的着手应以主客观相统一原则作为判断标准，并且，在该原则的前提下，客观分析优于主观分析，而且在客观分析中，形式客观分析优于实质客观分析；传统的着手理论应该向前再发展一步，着手可以是犯罪预备与犯罪未遂之间的独立环节、可以是可罚行为的起点、可以是与实行行为相密接的行为。

第四章就犯罪未得逞进行了探讨。通过对刑法理论中四种争议观点的评述，提倡犯罪构成客观要件要素说是判断犯罪是否得逞的标准，犯罪构成要件是第一性的，是关于犯罪成立的问题，而犯罪构成要件要素是第二性的，是犯罪成立后关于犯罪停止形态的问题。

第五章就意志以外的原因进行讨论。通过对国内外关于意志以外原因的立法与理论的分析，得出如下结论：主观说的行为人标准是认定意志以外原因的标准，即作为行为人意志以外的原因应达到足以抑制行为人继续实施犯罪的程度；影响犯罪未得逞的因素有被害人的因素、行为人的因素和当事人以外的因素。

目 录

他 序	1
自 序	7
内容摘要	10
导 言	1
第一章 犯罪未遂概述	6
◎第一节 犯罪未遂与犯罪阶段	6
一、犯罪未遂的界定 /6	
二、犯罪阶段的划分 /7	
三、犯罪未遂与犯罪阶段的关系 /10	
◎第二节 犯罪未遂的存在范围	13
一、过失犯罪不存在犯罪未遂形态 /13	
二、间接故意犯罪不存在未遂形态 /15	
三、直接故意犯罪并非都存在犯罪未遂形态 /19	
◎第三节 犯罪未遂与相邻概念	31
一、犯罪未遂与犯罪的实行行为 /31	
二、犯罪未遂与未遂行为 /33	
三、犯罪未遂与犯罪既遂 /34	

四、犯罪未遂与犯罪构成	39
五、犯罪未遂与刑法分则模式	42
◎第四节 犯罪未遂的类型	45
一、实行终了的未遂和未实行终了的未遂	45
二、能犯未遂和不能犯未遂	46
第二章 未遂犯的处罚根据和处罚范围	50
◎第一节 未遂犯处罚的根据	50
一、大陆法系的理论学说：主观未遂论、客观未遂论和折中未遂论	50
二、我国关于未遂犯可罚性根据的理论学说	57
三、完善主客观相统一的未遂犯可罚性理论	59
◎第二节 未遂犯处罚的范围	61
一、各国刑法的规定：概括式和列举式	61
二、我国刑法关于未遂犯可罚范围的立法、司法和理论	62
三、当然的选择：限定未遂犯的处罚范围	64
第三章 犯罪的着手	70
◎第一节 着手的含义	70
一、大陆法系的着手理论：主观说、客观说和折中说	71
二、英美法系的着手理论	73
三、港澳台刑法的着手理论	74
四、我国大陆关于着手的理论	77
五、完善主客观统一理论	78
六、着手提前的见解	80

◎第二节 犯罪着手的认定	91
一、犯罪着手认定概述 /91	
二、复合行为的着手 /92	
三、共同犯罪的着手 /96	
四、不作为犯的着手 /103	
五、原因自由行为的着手 /105	
六、间接正犯的着手 /108	
七、隔离犯的着手 /111	
八、结合犯的着手 /116	
九、着手理论的应用 ——以盗窃罪为考察对象 /119	
 第四章 未得逞	126
◎第一节 未得逞的含义	126
一、外国刑法关于未得逞的理论 /126	
二、我国刑法关于未得逞的理论 /127	
三、未得逞的认定标准：犯罪构成客观方面 要素说 /129	
四、未得逞的类型 /131	
◎第二节 未得逞的认定	135
一、未得逞认定概述 /135	
二、行为犯的未得逞 /136	
三、结果犯的未得逞 /138	
四、共同犯罪的未得逞 /141	
五、加重犯的未得逞 /147	
六、结合犯的未得逞 /155	
七、数额犯的未得逞 /166	