

# 第一章 未遂犯概述

## 第一节 未遂犯的概念 与形态

### 一、未遂犯的概念

日本刑法第 43 条规定：“已经着手实行犯罪而未遂的，可以减轻其刑，但基于自己的意志而中止犯罪的，应当减轻或者免除刑罚。”据此，日本刑法理论给未遂犯下的定义是，“已经着手实行犯罪而未遂的情况。”<sup>①</sup> 这里的未遂犯包括了我国刑法中的着手实行后的中止犯。

围绕未遂犯规定的意义，刑法理论

团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社，1990年第3版，第350页；早稻田司法考试研究室：《刑法总论》早稻田经营出版，1990年版，第81页。

上存在不同观点。主观主义刑法理论认为，未遂犯与既遂犯没有差别。如牧野英一指出：“那种认为在犯罪的构成上，单独犯的犯罪以既遂为逻辑原则，未遂及共犯（指教唆犯与帮助犯——引者注）乃是一种补充的观念，我们不能赞成。思维的心理过程是另一回事，但从逻辑上进行考虑时，既遂与未遂、单独犯与共犯都是同时的犯罪，其间不应存在前后的差异。”<sup>①</sup>但现在没有人接受牧野的这种观点，这不仅因为主观主义刑法理论在日本已经衰退，还因为既遂犯与未遂犯在特征与后果上有着明显区别，将二者等同起来显然只是注重了行为人的主观因素，而忽略了客观因素。

客观主义以及折衷主义刑法理论承认未遂犯与既遂犯的区别，但对于如何认识未遂犯的性质，也存在不同看法。首先，在以往，许多学者将未遂犯与共犯作为犯罪的现象形态或单纯的犯罪形态来把握。例如，宫本英修将犯罪的形态分为纵断的形态（类型）与横断的形态（类型）刑法分则规定的各种具体的犯罪类型，属于犯罪的纵断的形态，由各论研究；由总论研究的横断的形态又分为三种情况：一是与既遂、未遂等有关的阶段的形态，二是与共犯有关的各种方法的形态，三是与罪数有关的各种一罪的形态。<sup>②</sup>佐伯千仞也赞成上述观点，他说，刑法第 43 条的规定是将未遂“作为既遂罪的不完全的实现来对待的，我们将其称为阶段的类型，也是大体上遵从了这样的见解。”<sup>③</sup>但是，这种观点受到了批判。因为犯罪的形态并不只限于未遂犯与共犯，作为犯与不作为犯、故意犯与过失犯、即时犯与隔离犯、行为犯与结果犯等等，都是犯罪的形态，仅将未遂犯与共犯作为犯罪

① 牧野英一：《刑法总论上卷》有斐阁，1958 年全订版 第 344—345 页。

② 宫本英修：《刑法大纲》弘文堂，1935 年第 4 版 第 174 页以下。

③ 佐伯千仞：《刑法讲义（总论）》有斐阁，1981 年 4 订版 第 315 页。

形态进行研究就不合适。<sup>①</sup>

同样认为未遂犯是一种样态，但西原春夫的说法略有不同。西原的犯罪论体系是“行为——违法性——有责任”他将作为犯与不作为犯、既遂犯与未遂犯、单独犯与共犯等视为犯罪的样态，而且认为区分这些样态时不需要进行有责性的评价，故进一步将未遂犯等称为违法行为的样态。<sup>②</sup>可见，西原重视了既遂犯与未遂犯在客观方面的不同点与主观方面的相同点。但由于西原的犯罪论体系不被多数人所接受，故其将未遂犯视为违法行为的样态的观点也难以得到人们的赞同。

其次，有人将未遂犯规定作为犯罪的扩张事由来理解。例如岛田武夫说：“根据现行法的规定未遂犯与共犯尽管欠缺客观的犯罪构成要件，但仍然将其规定为犯罪。这是现行法对原则所承认的特例，正是对犯罪的概念的扩张。着眼于这一点的未遂犯与共犯，可以说是犯罪扩张事由。”<sup>③</sup>平野龙一博士也认为，未遂犯与共犯并没有完全充足构成要件，但仍然是犯罪。在这种情况下，并非未遂犯与共犯毋需符合构成要件，而是因为刑法总则对分则规定的构成要件进行了变更，设立了新的构成要件。这种新的构成要件实际上是一种扩张的构成要件，即同基本的构成要件相比，扩张的构成要件扩充了犯罪的成立范围。<sup>④</sup>可见，岛田认为既遂犯与未遂犯是原则与例外的关系，进而认为未遂犯是犯罪概念的扩张；平野则从总则与分则的关系上认识既遂犯与未遂犯的关系，进而认为总则就未遂犯规定的构成要件扩充了犯罪的成立范围。这种观点认识到了未遂犯的构成要

① 参见大塚仁：《刑法概说 总论》有斐阁，1986年改订版 第 118页。

② 西原春夫：《刑法总论》成文堂，1977年版 第 247—255页。

③ 岛田武夫：《刑法概说 总论》有斐阁，1934年第3版 第 134页。

④ 平野龙一：《刑法总论Ⅱ》有斐阁，1975年版 第 307页。

件实际上是一种扩张的构成要件，是在从实质上认识未遂犯。

再次，与上述观点相联系，有的学者将未遂犯作为刑罚扩张事由来理解。如泷川幸辰认为，未遂犯与共犯是刑法所承认的两种刑罚扩张事由，即刑罚的处罚范围原本仅限于既遂犯，对未遂犯的处罚则是扩大了刑罚处罚范围。<sup>①</sup>但是，仅着眼于刑罚处罚一面来讨论未遂犯的性质并不妥当，因为只有在明确了犯罪自身的性质与特点后，才能扩张刑罚处罚范围，<sup>②</sup>而认为未遂犯是刑罚扩张事由的观点，并没有说明未遂犯自身的性质与特点。

最后，一些学者是从修正的构成要件这点上理解未遂犯性质的。在相当长的时期内，日本刑法理论将构成要件分为基本的构成要件与修正的构成要件。刑法分则条文及各种刑罚法规所规定的各种具体犯罪的构成要件被称为基本的构成要件，由刑法总则对基本构成要件的某些因素进行修正而形成的构成要件便是修正的构成要件；基本的构成要件是有关单独既遂犯的构成要件，修正的构成要件则是有关未遂犯、共犯的构成要件。<sup>③</sup>由于刑法分则及其他刑罚法规所规定的基本构成要件本来预想的是单独的既遂犯，或者说基本的构成要件是以单独的既遂犯为模式的，故未遂犯并不符合基本的构成要件。但是，未遂犯也是一种犯罪，同样以符合犯罪构成要件为条件。<sup>④</sup>于是，

泷川幸辰：《刑法讲义》弘文堂，1937年版，第142页以下。

① 参见大塚仁：《刑法概说 总论》，有斐阁，1986年改订版，第118页。

② 参见小野清一郎：《新订刑法讲义总论》，有斐阁，1950年增补版，第100页；大塚仁：《刑法概说 总论》，有斐阁，1986年改订版，第117页。

③ 日本宪法肯定了罪刑法定原则，日本刑法理论也普遍认为罪刑法定主义是刑法的基本原则；犯罪的构成要件是由刑法规定的，构成要件符合性这一犯罪成立条件正是罪刑法定原则的表现；如果认为有些犯罪不需要符合构成要件，则意味着对罪刑法定原则的否定。因此，任何犯罪都以符合构成要件为条件。

刑法总则对基本的构成要件加以修正，使未遂犯符合修正的构成要件，从而得以成立犯罪。

小野清一郎与团藤重光区分了“构成要件的符合”与“构成要件的充足”这两个概念，认为符合构成要件的行为不一定充足构成要件。既遂犯充足了构成要件，未遂犯只是符合构成要件而没有充足构成要件；没有充足构成要件的行为可能成立犯罪（如未遂犯），但没有符合构成要件的行为则不能成立犯罪。<sup>①</sup>但是，他们的弟子也反对这种说法。如大塚仁教授指出，将未遂犯的修正的构成要件视为自身独立的构成要件时，上述观点没有用处，既遂犯与未遂犯分别符合基本的构成要件与修正的构成要件，没有进一步讨论是否充足构成要件的余地。<sup>②</sup>

然而，从修正的构成要件的角度来把握未遂犯也不是没有问题的。第一 从用语本身来说，“修正的构成要件”的表述容易使人误认为只有未遂犯、共犯的构成要件是“正确的”构成要件；<sup>③</sup>也容易使人们通过对通常的构成要件理论进行修正来处理未遂与共犯理论。<sup>④</sup>第二，从修正的构成要件角度来把握未遂犯，只是从形式上说明了未遂犯的构成要件与基本构成要件之间的关系，而没有说明未遂犯的性质与处罚根据。<sup>⑤</sup>第三 在我看来，基本构成要件与修正构成要件分类本身也存在问题。这种分类的逻辑方法是：事先肯定只有单独的既遂犯符合构成要件，并断定刑法分则及其他刑罚法规所规定的构成要件都是单独的既遂犯的构成要件；然后为了处理未遂犯与共犯，又认为

① 小野清一郎：《犯罪构成要件の理论》，有斐阁，1953年版，第251页以下；团藤重光：《刑法纲要总论》创文社，1990年第3版，第123页。

② 大塚仁：《刑法概说总论》，有斐阁，1986年改订版，第115页。

③ 平野龙一：《刑法总论Ⅱ》，有斐阁，1975年版，第307页。

④ 前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会，1994年第2版，第139页。

⑤ 参见前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会，1994年第2版，第139页。

刑法总则将分则的规定进行了修正，使未遂犯与共犯符合修正的构成要件。这里似乎存在方法论上的问题。以杀人罪为例，基本的构成要件是故意的杀人行为致人死亡，而总则将其修正为只要有足以致人死亡的故意杀人行为即可。既然如此，就表明行为没有致他人死亡时也成立犯罪，只是未遂而已。由此可以进一步看出，基本的构成要件是既遂犯的成立条件，而非犯罪的构成要件；换言之，基本的构成要件中包含了成立犯罪所不需要的因素，只有修正的构成要件才是犯罪的构成要件。<sup>①</sup>正因为修正的构成要件概念本身存在问题，故日本现在的许多权威学者并不从修正构成要件的角度把握未遂犯，也不使用修正的构成要件这一概念。例如，平野龙一认为，使用“扩张的构成要件”一语比使用修正的构成要件一语要好；<sup>②</sup>町野朔在对构成要件进行分类时，根本不提修正的构成要件；<sup>③</sup>前田雅英认为，在说明未遂犯与既遂犯的关系方面，使用修正的构成要件一语具有一定的合理性，但这种分类是形式的犯罪论的产物，它没有说明未遂犯的性质与处罚理由；事实上前田是不赞成使用修正

- ① 我国近年来有不少学者接受了基本的构成要件与修正的构成要件分类（参见马克昌主编：《犯罪通论》武汉大学出版社1991年版，第88—89页；赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》高等教育出版社，1993年版，第85—86页）。与日本刑法规定未遂犯的处罚以分则有明文规定为限不同，我国刑法原则上处罚未遂犯，而且未遂犯与既遂犯的罪名相同。在这种现状之下，只要认为危害结果不是犯罪构成的共同要件即可，完全没有必要采取这种分类。如果采取这种分类，则会导致构成要件的混乱。例如，故意杀人罪的基本构成要件包括发生死亡结果，而故意杀人未遂这一修正的构成要件中不包括发生死亡结果；由于二者都是故意杀人罪，于是死亡结果在某些情况下是故意杀人罪的构成要件，在某些情况下又不是故意杀人罪的构成要件。事实上，死亡结果只是既遂的成立条件，而不是故意杀人罪的构成要件。参见拙著：《犯罪论原理》武汉大学出版社，1991年版，第465—469页）。
- ② 平野龙一：《刑法总论Ⅱ》，有斐阁，1975年版，第307页。
- ③ 参见町野朔：《刑法总论讲义案》I，信山社，1990年版，第106—109页。

的构成要件这一表述的。<sup>①</sup>

从上面的分歧可以看出，对未遂犯规定的看法直接影响犯罪论体系。例如，主张未遂犯是犯罪形态的学者，往往在论述了构成要件符合性、违法性、有责性之后，再论述未遂犯；主张未遂犯是违法行为的样态的学者，会在违法性论中论述未遂犯；主张未遂犯是修正的构成要件形式的学者可能在构成要件论中论述未遂犯。<sup>②</sup>从现在的情况来看，未遂犯论在刑法学体系中的地位主要表现为两种情况：一是在构成要件论中论述未遂犯，二是在犯罪成立条件之后论述未遂犯。<sup>③</sup>

日本刑法理论一般认为，从行为人抱有犯罪意图开始到发生犯罪结果为止，犯罪有一个时间顺序上的发展过程；这个过程也是侵害法益的危险逐步增大、以致最终发生侵害法益结果的过程。就结果犯而言，行为人产生犯罪意图后，首先要实施准备行为，然后着手实行犯罪，实行行为终了后，因果关系向前发展，最终产生犯罪结果。<sup>④</sup>从预备、阴谋到实行的着手再到既遂这样一种犯罪行为的发展过程中，有无实行的着手是未遂犯与预备犯、阴谋犯相区别的标志，是否既遂是未遂犯与既遂犯相区别的标志。<sup>⑤</sup>

## 二、未遂犯的形态

未遂犯的形态是指未遂犯的表现形式，也可以说是未遂犯

- ① 前田雅英：《刑法总论讲义》东京大学出版社，1988年第1版，第127页。
- ② 当然也并非绝对如此。
- ③ 在日本，犯罪成立条件与犯罪的构成要件不是一回事，前者包括了构成要件符合性、违法性与有责任，后者只是前者的条件之一。
- ④ 曾根威彦：《刑法总论》弘文堂，1993年新版，第223页。
- ⑤ 早稻田司法考试研究室：《刑法总论》早稻田经营出版，1990年版，第81页。

的分类。

首先，日本刑法理论根据其刑法第 43 条的规定，将未遂分为障碍未遂与中止未遂，二者的区别在于没有发生结果的原因不同。中止未遂是指已经着手实行犯罪，由于行为人自己的意志而阻止犯罪完成的情况；障碍未遂则是已经着手实行犯罪，非由于行为人自己的意志而未遂的情况。<sup>①</sup> 二者的相同点是：都已经着手实行犯罪，都没有完成犯罪。通常将障碍未遂称为狭义的未遂，广义的未遂概念则包括障碍未遂与中止未遂。<sup>②</sup>

其次，根据实行行为是否实施终了，将未遂分为着手未遂与实行未遂。前者是指行为人已经着手实行犯罪，但实行行为尚未实施终了因而未遂的情况，也就是我国刑法理论中所说的“未实行终了的未遂”；后者是指行为人已经着手实行犯罪，并且实行行为已经终了，但没有发生预期的构成要件结果的情况，相当于我国刑法理论中所说的“实行终了的未遂”。根据日本刑法第 43 条的规定，对障碍未遂与中止未遂都可以再进一步区分为着手未遂与实行未遂。<sup>③</sup>

最后，未遂犯是成立犯罪的、可罚的行为，但不能犯与未遂犯容易混淆、难以区分。一般来说，不能犯是指行为不具有产生构成要件结果的危险性的情况，是不构成犯罪的、不可罚的行

① 参见大谷实：《刑法讲义总论》成文堂，1994 年第 4 版，第 373 页。

② 从日本刑法第 43 条的但书规定可以看出，日本刑法只是将中止犯作为未遂犯中的需要特殊处理的现象来对待的。可以认为，这是客观主义的表现。现在许多国家的刑法已经将未遂犯与中止犯分别规定，使中止未遂的概念不复存在（参见德国刑法典第 23 条、第 24 条，奥地利刑法典第 15 条、第 16 页）。

③ 早稻田司法考试研究室：《刑法总论》早稻田经营出版，1990 年版，第 81 页。

为。<sup>①</sup> 通说认为，未遂犯中存在实行行为，而不能犯没有实行行为。严格来说，未遂犯与不能犯的区别不是未遂犯的形态问题，但日本刑法学者一般在“未遂犯的形态或种类”中交待这一点，甚至将不能犯称为不能未遂。<sup>②</sup>

从上述分类介绍可以看出，有关未遂犯的形态形成了以下 5 个概念：障碍未遂、中止未遂、着手未遂、实行未遂与不能未遂。<sup>③</sup> 不能未遂实际上并不是未遂犯的一种，却是在未遂犯论中不得不讨论的一个重要问题。

## 第二节 未遂的可罚性范围 与成立可能性

### 一、未遂的可罚性范围

刑法处罚哪些犯罪的未遂，各国刑法规定不一。<sup>④</sup> 日本刑

① 日本刑法理论中的“不能犯”概念虽有一个“犯”字，但实际上是指不能成立“犯罪”的情况，而不是不能既遂的犯罪，故不能犯不是未遂犯的一种。请读者务必注意该概念的内涵与外延，不要与我国刑法理论中的“不能犯”概念相混淆。关于不能犯问题，后面还有专章讨论。

② 团藤重光：《刑法纲要总论》创文社，1990年第3版，第166页。

③ 大谷实：《刑法讲义总论》成文堂，1994年第4版，第373页。

④ 可以将各国刑法有关未遂的可罚性范围的规定概括为三种类型：一是处罚所有犯罪的未遂，如奥地利刑法、波兰刑法及美国某些州的刑法；二是只处罚比较严重犯罪的未遂，其中有的是根据法定刑确定的，如丹麦刑法规定仅处罚法定刑为拘役以上的故意犯的未遂，南斯拉夫刑法规定仅处罚法定刑为5年重惩役以上的故意犯的未遂；有的是根据犯罪的分类确定的，如瑞士刑法将犯罪分为重罪、轻罪与违警罪，但仅处罚重罪与轻罪的未遂；三是分则条文有明文规定时才处罚未遂，如日本刑法、瑞典刑法（参见野村稔：《未遂犯の研究》成文堂，1984年版，第89—90页）。

法第 44 条规定：“处罚未遂犯的情形 在各本条中予以规定。”即只有当刑法分则条文或其他规定罪名与法定刑的法律条文（本条）有处罚未遂犯的明文规定时，才能处罚未遂。这种规定有一个历史发展过程。

在日本明治初年的《御定书百个条》和《暂行刑律》的暂定立法时代 以及后来的《新律纲领》、《改定律例》的时代 对未遂的处罚都没有一般性的规定，而是分别具体地就处罚未遂的情形进行规定。这当然与当时没有刑法总则的立法例有关，但根本原因是当时没有从对犯罪实现阶段的认识进一步形成一般的未遂概念。从明治 9 年的《日本帝国刑法初案》起才开始对未遂犯设立总则规定。<sup>①</sup> 该初案效仿法国刑法典 将犯罪分为重罪、轻罪与违警罪（第 1 条）并规定处罚所有重罪的未遂（第 35 条），轻罪的未遂在分则有明文规定时才处罚（第 36 条）对违警罪的未遂没有规定，意即不处罚违警罪的未遂。这种规定方法经过以后的多个刑法草案，被日本旧刑法采纳（第 1 条、第 113 条）。但随着日本刑法从效仿法国刑法转向效仿德国刑法，上述规定方法被逐步放弃。明治 34 年的刑法草案虽然将犯罪分为重罪与轻罪，但规定未遂的处罚仅限于分则有特别规定的场合（第 56 条）。明治 35 年的刑法草案进一步废除了重罪与轻罪的区别，这便使旧刑法有关未遂的规定方式不可能存续。后来经过明治 40 年的刑法草案，日本现行刑法第 44 条采取的规定方式为，未遂的处罚以有特别规定为限。<sup>②</sup>

日本刑法典分则关于处罚未遂的规定如下：第 77 条第 2 款

① 该草案的第 3 章标题为“未遂犯罪”共 4 个条文。

② 参见野村稔：《未遂犯の研究》成文堂，1984 年版 第 92—93 页。

规定处罚内乱罪的未遂；<sup>①</sup> 第 87 条规定处罚外患诱致罪与外患援助罪的未遂 第 102 条规定处罚单纯逃走罪、加重逃走罪、夺取被拘禁者罪、援助逃走罪及看守者援助逃走罪的未遂；第 112 条规定处罚现住建造物放火罪、对自己所有以外的非现住建造物放火罪的未遂；第 128 条规定处罚妨害交通罪、危害交通罪、颠覆火车等罪的未遂；<sup>②</sup> 第 132 条规定处罚侵入住宅罪的未遂 第 141 条规定处罚输入、制造、贩卖鸦片罪、输入、制造、贩卖吸食鸦片的器具罪、税关官吏输入鸦片或吸食鸦片的器具罪、吸食鸦片罪、提供吸食鸦片的房屋罪、持有鸦片或吸食器具罪的未遂 第 151 条规定处罚伪造、变造通货罪、行使伪造、变造的通货罪、伪造、变造外国通货罪、行使伪造、变造的外国通货罪、收受伪造、变造的通货罪的未遂 第 157 条规定处罚不实记载公证证书原本罪的未遂；第 158 条规定处罚行使伪造的公文书罪的未遂 第 161 条规定处罚行使伪造的私文书罪的未遂；第 168 条规定处罚不正使用御玺罪、不正使用公印罪、不正使用公务机关符号罪、不正使用私印罪的未遂；第 179 条规定处罚强制猥亵罪、强奸罪、准强制猥亵罪、准强奸罪的未遂 第 203 条规定处罚杀人罪、自杀关与罪的未遂；<sup>③</sup> 第 215 条规定处罚未经同意的堕胎罪的未遂 第 223 条规定处罚强要罪 或强迫罪 的未遂 第 228 条规定处罚拐取未成年人罪、以营利为目的的拐取罪、以要求赎金为目的的拐取罪、以移送国外为目的的拐取罪、帮助拐取

- ① 仅处罚内乱的首谋者及参与谋议者、指挥群众者的未遂，不处罚附和随行者、单纯参与暴动者的未遂。
- ② “颠覆火车等罪”是一个独立罪名，“等”字的使用意在表明省略了该罪的其他对象。
- ③ 该条原来规定了处罚杀害尊亲属罪的未遂，但 1995 年修改刑法时，删除了杀害尊亲属罪，因而也就不存在该罪的未遂。自杀关与罪是指教唆、帮助他人自杀的犯罪。

罪、收受被拐取者罪等的未遂；<sup>①</sup> 第 243 条规定处罚盗窃罪、侵夺不动产罪、强盗罪、准强盗罪、昏醉强盗罪、强盗致伤罪、强盗致死罪、强盗强奸罪、强盗强奸致死罪的未遂；<sup>②</sup> 第 259 条规定处罚诈骗罪、背信罪、<sup>③</sup> 准诈骗罪、恐吓罪<sup>④</sup> 的未遂。除此之外，特别刑法还有一些关于处罚未遂的规定。

日本现行刑法虽然规定未遂犯的处罚以有明文规定为限，但有些条文事实上将未遂犯作为独立的既遂犯规定下来了，对某些目的犯、轻微犯罪的规定便是如此。<sup>⑤</sup> 这是考虑到保护法益的性质、重要性以及行为的特点等所作的规定。因此，在考察未遂的可罚性范围时，不能仅看未遂犯的处罚规定，还要考察以其他实质方法规定处罚未遂的情形。基于这一观点，概观日本现行刑法，以下几种情况值得注意：一是将未遂行为乃至预备行为规定为独立的企行犯的犯罪类型，而不必再设处罚未遂的规定。如刑法第 123 条。<sup>⑥</sup>二是将未遂行为与既遂规定在同一条文中，而不再设处罚未遂的规定。例如，受贿罪一般以收受了贿赂为既遂而日本刑法第 197 条规定要求或者约定贿赂的即使没有收受贿赂时也构成受贿罪的既遂；再如，行贿罪一般以提

- ① 上述拐取包括略诱与和诱，前者是以暴力、胁迫为手段的拐取，后者是以欺诈、诱惑为手段的拐取。
- ② 从日本刑法规定上看 强盗致伤罪、强盗致死罪与强盗强奸致死罪有未遂 但由于它们是结果加重犯，故理论上对这些罪有无未遂尚存争论，下面将详细讨论此问题。
- ③ 有的译为背任罪或违背任务罪，是指为他人处理事务的人，为谋求自己或者第三者的利益 或以损害委托人的利益为目的 而违背其任务 致使委托人的财产受到损失的行为。
- ④ 恐吓罪相当于我国刑法中的敲诈勒索罪。
- ⑤ 例如 聚众不解散罪属目的犯 实际上包括了胁迫等罪的未遂 暴行罪是轻微犯罪，至少包括了伤害未遂。
- ⑥ 该条规定：“决溃堤防、破坏水闸 或实施其他足以妨害水利 或足以引起决口行为的 处 2 年以下惩役或监禁，或 20 万日元以下罚金。”

供了贿赂为既遂，但日本刑法第 198 条规定，提议给予贿赂的，即使还没有提供贿赂时也构成行贿罪的既遂。三是以某些独立犯罪处罚另一些犯罪的未遂，而不必对“另一些犯罪”设立处罚未遂的规定。例如，对于伤害未遂、监禁未遂的，以暴行罪论处，故对伤害罪、监禁罪没有必要设立处罚未遂的规定；再如，对骚扰罪的未遂以聚众不散罪论处，因而对骚扰罪不再设立处罚未遂的规定。<sup>①</sup>

## 二、未遂的成立可能性

未遂的成立可能性，是指什么样态的犯罪有成立未遂的余地。故意的实害犯无疑具有未遂的成立可能性，<sup>②</sup> 尚有疑问和值得研究的是以下几种情况：

### （一）过失犯

日本刑法理论以前的通说认为，过失犯是结果犯，以结果发生为成立条件；如果没有发生结果，则不可能成立过失犯，故不可能有过失的未遂。<sup>③</sup> 但后来有人认为，既然过失犯中也有实行行为与犯罪结果之分，就可能存在只有过失的实行行为而无

① 参见野村稔：《未遂犯の研究》成文堂，1984 年版，第 95 页。

② 指以现实上侵害了法益为必要的故意犯罪，如杀人罪。但应注意的是，这里的杀人罪一是仅指故意杀人，二是指以既遂为模式的杀人罪。

③ 参见泉二新熊：《日本刑法论总论》有斐阁，1927 年第 40 版，第 519—520 页；泷川幸辰：《犯罪论序说》有斐阁，1947 年改订版，第 137 页；植松正：《刑法概论 I 总论》劲草书房，1974 年再订版，第 318 页。

犯罪结果的情况，故理论上可以承认过失的未遂犯。<sup>①</sup>例如就失火罪而言，行为导致媒介物燃烧，但在目的物烧毁之前使火熄灭的，就是失火罪的未遂。<sup>②</sup>但事实上，日本刑法并没有处罚过失犯的未遂，故承认或否认过失犯的未遂都没有特别意义。不过，是否承认过失犯的未遂与后述结果加重犯有无未遂相联系，故仍有探讨的必要。

刑法理论上关于过失犯有无未遂的对立集中在两个问题上：第一，未遂概念是否以故意为前提？第二，结果是否过失犯的本质属性？换言之，在结果发生之前，过失犯的实行行为能否个别化？实行的着手能否特定化？

未遂概念以故意为前提是相当古老的主张。例如，加罗林纳刑法典第 178 条将“恶意”(böser will, cogitare)规定为未遂概念的特征之一。这种观念在德国一直延续，并对西方其他国家的刑法规定产生了影响。前述《日本帝国刑法草案》第 34 条曾规定：“意图犯重罪或轻罪而未遂的是犯罪未遂。”这便将未遂的成立限定在故意犯之内，其后的草案直至旧刑法都沿袭了这样的规定。日本旧刑法第 112 条规定：“意图犯罪并已经开始实施但未遂的”是犯罪未遂。只是在后来对旧刑法的修改过程中产生的明治 34 年刑法改正草案第 55 条才规定：“已经着手实行犯罪而未遂的”是犯罪未遂。<sup>③</sup>现行刑法也沿袭了该规定。从文言上看，似乎过失犯也有未遂，但明治 34 年草案的改正理由书指出，作出上述改正只是为了不区分旧刑法规定的造成未遂

① 参见牧野英一：《刑法总论下卷》有斐阁，1959 年全订版 第 261 页；木村龟二：《刑法总论》有斐阁，1978 年增补版 第 342 页 平野龙一：《刑法总论 II》有斐阁，1975 年版 第 308—309 页 大塚仁：《刑法概说总论》有斐阁，1986 年改订版 第 219 页。

② 团藤重光：《刑法纲要总论》创文社，1990 年第 3 版 第 357—358 页。

③ 参见野村稔：《未遂犯の研究》成文堂，1984 年版 第 97—99 页。

的两种原因（意外障碍与错误），此外与旧刑法第 112 条相同。<sup>①</sup> 这明明治 34 年刑法改正案及现行刑法是将未遂限定在故意犯之内的，事实上现行刑法也没有处罚过失犯的未遂的规定。关于这一点，肯定过失犯有未遂的学者也是承认的。<sup>②</sup>

否定过失犯的未遂的学者一般主张结果是过失犯的本质属性。如泷川幸辰说：“在当今的过失概念中，‘发生结果’不单是处罚条件，而且是构成犯罪的本质的要素。……在过失概念的现代发展阶段，不存在过失犯的未遂。”<sup>③</sup> 意即没有发生结果就不能有过失犯，当然也就不可能有过失的未遂犯。再如井上正治说：“过失行为的个别化依赖于结果的发生。在这个意义上说，结果是过失的属性。如果结果不发生，就不成立任何过失犯。”<sup>④</sup> 意即没有发生结果就不可能确定是什么性质的过失行为。又如青柳文雄说：“如果认为结果的发生是过失犯不可或缺的要件，则理论上不能承认过失的未遂犯。从现实上说，对定型性缓和的过失犯承认未遂，会有害刑法的保障机能。”<sup>⑤</sup> 意即承认过失犯的未遂会导致侵犯人权。还如植松正说：“过失犯……只有发生结果才成立，如果没有发生结果，则完全没有刑法上的意义 故没有容纳过失未遂观念的余地。”<sup>⑥</sup> 意即承认过失犯的未遂没有意义。与此相反，肯定过失犯的未遂的学者，一般否认结果是过失犯的本质属性，认为在结果发生之前就可以使过失行为个别化。如木村龟二指出：“过失行为也可能存在实行的着

① 松宫次郎编辑 明治 34 年《改正刑法草案理由书》第 62 页。

② 参见平野龙一：《刑法总论 II》有斐阁，1975 年版，第 308 页；前田雅英：《刑法总论讲义》东京大学出版会，1994 年第 2 版，第 398—399 页。

③ 泷川幸辰：《犯罪论序说》有斐阁，1947 年改订版，第 137 页。

④ 井上正治：《刑法学总论》朝仓书房，1951 年版，第 190 页。

⑤ 青柳文雄：《刑法通论 I 总论》泉文堂，1965 年版，第 314 页。

⑥ 植松正：《刑法概论 I 总论》劲草书房，1974 年再订版，第 318 页。

手故思维上可能存在过失犯的未遂。”<sup>①</sup>再如福田平指出：“在过失犯中，既然存在作为实行行为的过失行为，那些有实行行为而没有发生结果的场合，就只能认定为未遂。”<sup>②</sup>肯定过失犯有未遂的学者往往认为，过失行为的个别化是根据“预想的一定结果”<sup>③</sup>或“不注意的行为所具有的‘危险性’的强弱、大小”<sup>④</sup>来完成的。

我以为，想在结果发生之前使过失行为个别化，几乎是不可能的。换言之，如果结果没有发生，就不可能确定过失行为的性质，甚至不可能确定是否过失行为。例如，行为人将他人误认为是野兽并开枪射击，但没有打中。在这种情况下，我们不可能确定该行为是过失致死行为还是过失致伤行为。这一方面是因为过失犯的构成要件是开放的构成要件，<sup>⑤</sup>刑法通常只是规定了法益侵害结果，对成立犯罪所要求的注意义务的内容没有明确规定下来，故只有发生结果后才能确定过失行为的性质；另一方面乃因为结果是过失犯的要件，没有发生结果也就没有过失犯可言，在连过失犯都不成立的情况下，肯定过失犯的未遂是不合理的。

## （二 结果加重犯

结果加重犯有无未遂，是日本刑法理论长期争论的问题之一。这个问题相当复杂，它涉及对结果加重犯及未遂犯本身的

① 木村龟二：《刑法总论》有斐阁，1978年增补版第342页。

② 福田平：《刑法总论》有斐阁，1984年全订版第214页。

③ 平野龙一：《过失についての覚書》载《警察研究》第24卷第3号第30页。

④ 内田文昭：《刑法における过失共助の理论》有斐阁，1973年版第290页。

⑤ 开放的构成要件（Offener Tatbestand），也称需要补充的构成要件，是指刑法条文只记述了构成要件要素的一部分，其他部分需要法官进行补充的构成要件（参见前田雅英：《刑法总论讲义》东京大学出版会，1994年第2版，第139页）。

理解、对刑法某些规定的认识，也与是否承认过失犯的未遂相联系。总的说来，对结果加重犯的未遂存在肯定说与否定说两种观点。

肯定结果加重犯的未遂的观点又分为三种主张。

第一种主张认为，结果加重犯包括故意的结果加重犯，在这种情况下，如果加重结果没有发生，则是结果加重犯的未遂犯。牧野英一将结果加重犯分为三种：一是故意的结果加重犯，即行为人对加重结果持故意的结果加重犯；二是过失的结果加重犯，即行为人对加重结果具有过失的结果加重犯；三是偶然的結果加重犯，即行为人对加重结果既无故意也无过失的结果加重犯。<sup>①</sup>并且认为，过失的结果加重犯与偶然的結果加重犯不可能成立未遂，但故意的結果加重犯则可能成立未遂。<sup>②</sup>木村龟二接受牧野的上述分类并指出：“关于结果加重犯的未遂应分别不同情况讨论。对加重结果没有故意时，不可能有未遂；但对加重结果有故意时，不管基本行为是未遂还是既遂，只要加重结果没有发生，就属于结果加重犯的未遂。”<sup>③</sup>团藤重光也说：“结果加重犯……在特殊情况下，对加重结果包含了构成要件的故意时当然可以承认未遂犯。”<sup>④</sup>

但是，上述观点受到了批判。如大塚仁指出，所谓故意的結果加重犯，在性质上是故意的結果犯的一种，当然应承认其有未

- ① 对于偶然的結果加重犯，日本刑法理论现在一般不予承认，但审判实践上却承认（参见日本大审院 1928 年 4 月 6 日判决，载《大审院刑事判例集》第 7 辑，第 291 页；最高裁判所 1951 年 9 月 20 日判决，载《最高裁判所刑事判例集》第 5 卷，第 10 号，第 1937 页；最高裁判所 1957 年 2 月 26 日判决，载《最高裁判所刑事判例集》第 11 卷，第 2 号，第 906 页）。
- ② 牧野英一：《日本刑法上卷》有斐阁，1937 年重订版，第 318—319 页。
- ③ 木村龟二：《刑法总论》有斐阁，1978 年增补版，第 372 页。
- ④ 团藤重光：《刑法纲要总论》创文社，1990 年第 3 版，第 357 页。