

第四节 犯罪未遂

一、犯罪未遂的概念和特征

我国《刑法》第 23 条规定：“已经着手实施犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。”这是刑法对犯罪未遂（criminal attempt）所作的科学的定义。根据刑法的规定，犯罪未遂有以下三个特征：

（一）犯罪分子已经着手实施犯罪

所谓“已经着手实施犯罪”，是指犯罪分子已经开始实施刑法分则所规定的某一具体犯罪构成客观要件的行为。例如，用刀故意杀人的，犯罪分子已经把刀对准被害人举起来了，在公共场所盗窃的，犯罪分子已经将手朝被害人口袋中伸过去了，这些都是犯罪行为的着手。“着手”表明故意犯罪已经由预备阶段发展到实行阶段，是实行行为的开始。因而，是否“已经着手实施犯罪”，是犯罪预备与犯罪未遂的区分的根本标志。

由于刑法分则所确定的犯罪构成的客观要件是不一样的，因此，着手的表现形式也是不一样的，如何确定某一具体案件是否“着手”，常常引起争议。理论上，一般认为，认定是否“着手”，其中一个非常重要的有效的方法，就是借助犯罪预备行为，即从犯罪预备行为与实行行为的区别来正确认定着手实行犯罪与否。按照我国刑法的规定和揭示，犯罪预备行为的本质和作用，是为犯罪构成行为的实行和犯罪的完成创造便利条件，为其创造现实的可能性，而刑法分则具体犯罪构成中实行行为的本质和作用，则是要直接完成犯罪，要将预备阶段的实行和完成犯罪可能性转变为现实性。二者本质和作用的这种区别与联系，既是犯罪活动发展的客观事实所揭示所证实的，同时也是行为人主观上有所认识的。这种主客观统一的区别，使我们正确地认定和区分预备行为与着手行为成为可能，它为正确区分两种行为提供了一个原则标准。 [1] 抽象的理论标准在实践中如何运用，还需根据各个案件的不同情况具体分析。如分析行为人的行为有没有接近或接触犯罪对象、行为人的行为能否直接引起法定的危害结果发生、行为人的行为能否直接反映其犯罪意图等等。有时，同一个动作，在此犯罪中可视为着手，在彼犯罪中可能是预备。 [2] 此外，犯罪的实行行为本身也是有差别的，有只需一个行为就构成犯罪的单一实行行为，也有需要两个或者两个以上的实行行为才能成立犯罪的复杂实行行为。前者如故意杀人罪，后者如抢劫罪。无论是单一实行行为还是复杂实行行为规定

的犯罪，只要行为人开始实施刑法分则规定行为，就应认定为“着手”。如抢劫罪中，犯罪分子只要开始使用暴力、胁迫或者其他侵犯人身权利的法定行为，就可以认为已经着手实施犯罪，并不需要犯罪分子接触到要抢的财物才算是“着手”。

（二）犯罪未得逞

所谓“犯罪未得逞”，是指犯罪分子实施的犯罪没有完全具备刑法分则规定的某一具体犯罪构成的全部要件。例如故意杀人的构成要件，不仅需要行为人实施杀人行为，而且还需要行为人的杀人行为发生了法定的危害结果即他人的死亡结果，才能构成杀人的既遂。如果行为人实施了杀人行为，但没有发生死亡结果，就是犯罪未得逞。在司法实践中，犯罪未得逞可能是由于犯罪分子没有实施完毕犯罪行为造成的，例如，盗窃犯潜入会计室后，无法打开保险柜而使盗窃行为无法完成；也可能是犯罪行为已经实施完毕，但犯罪分子预期的危害结果却没有发生。例如，盗窃犯将保险柜打开后，里面空空如也，盗窃犯未能窃取到财物。

应当注意，在认定是否为“犯罪未得逞”时，同样不能以“犯罪目的”是否达到、“危害结果”是否发生作为既遂未遂的标准。因为刑法中有一些犯罪不是以目的是否达到或结果是否发生作为犯罪构成要件的。而犯罪是否完成即行为是否具备某一犯罪构成的全部要件，则反映了犯罪未遂与犯罪既遂的最本质的区别。

（三）犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因

所谓“犯罪分子意志以外的原因”，是指违背犯罪分子本意的，使其客观上不能犯罪或主观上感到不能完成犯罪的情况。犯罪分子意志以外的原因是多种多样的，概括起来，主要有三方面：

第一，犯罪分子自身以外的原因。如被害人的发现、逃避或反抗、他人的阻止、自然力的影响、物的障碍、时间地点对完成犯罪的不利影响等等。

第二，犯罪分子自身的能力、常识和技能对完成犯罪的不利影响。如盗窃犯在打开保险柜时，不会使用密码，无法将柜打开；杀人犯用枪杀人，射击技术不高，开枪未击中被害人；强奸犯因心情紧张或生理疾病无法完成犯罪等等。

第三，行为人对客观事物的主观认识错误。主要指犯罪分子对实施犯罪的方法、犯罪对象、犯罪工具发生错误的认识。例如对犯罪对象的错误，将男人误认为是女人而强

奸；对犯罪工具的错误，将白糖作砒霜杀人；对因果关系的错误，误将他人的昏迷视为死亡等等。

犯罪未遂的上述三个特征是相互联系的整体。认定犯罪未遂，上述三个特征必须同时具备，缺一不可。

二、犯罪未遂的类型

我国刑法对犯罪未遂未作明确的分类。刑法理论上为了更好地认识犯罪未遂的复杂情况以及不同类型的未遂对刑事责任的影响，往往将犯罪未遂根据不同的标准分成若干类。刑法理论界在借鉴和参考外国关于划分犯罪未遂的立法和理论的基础上，一般将犯罪未遂分为两大类型：实行终了的未遂和未实行终了的未遂、能犯的未遂和不能犯的未遂。^[1]

（一）实行终了的未遂和未实行终了的未遂

以犯罪行为实行的程度为标准，可将犯罪未遂分为实行终了的未遂和未实行终了的未遂。

实行终了的未遂，是指犯罪分子已经实施完毕自认为完成犯罪的全部行为，由于其意志以外的原因，而使行为未达到既遂状态。导致实行终了未遂的原因主要有：一是行为人主观认识有误。如某甲杀某乙，朝某乙身上连刺十余刀，以为某乙已经死亡，扬长而去。而实际上某乙经抢救脱险，没有发生死亡结果；二是行为实施完毕后，由于行为人意志以外的原因而使结果未发生。如行为人投毒杀人，将毒药投入被害人食物内，被害人中毒后送医院抢救未死。

所谓未实行终了的未遂，是指犯罪分子着手实施犯罪行为以后，由于意志以外的原因，使其尚未将自己认为完成犯罪所必须的全部行为实施完毕，因而未达到既遂状态。如盗窃犯正在一居民家门口撬门，突然听到有人过来，将其吓跑了，这种盗窃未遂就是未实行终了的未遂。关于如何确定犯罪的实行行为是否实行终了，刑法理论上是有争论的，存在主观说、客观说、折衷说三种观点。主观说认为，行为是否实行终了，应以行为人的主观认识为标准，行为人将实现其犯罪意图的行为实行完毕，就是实行终了；反之，便是未实行终了。客观说也称法律标准说，认为行为是否实行终了，应以法律规定的犯罪构成为标准。行为人将法律规定的构成要件的客观行为实行完毕，就是实行终了，

反之，则是未实行终了。折衷说认为，行为是否实行终了，应在法定犯罪构成所要求、所限定的客观行为范围内，考察行为人是否自认为将实现犯罪意图所必要的全部行为都实施完毕。通说认为折衷说较为合理。[2]

在一般情况下，实行行为距离犯罪既遂越近，其行为的社会危害性也就越大，在这个意义上，实行终了的未遂比未实行终了的未遂的社会危害性要大，量刑时应有所区别。

（二）能犯的未遂与不能犯的未遂

以行为的实行能否构成既遂为标准，可以将犯罪未遂划分为能犯的未遂与不能犯的未遂。

所谓能犯的未遂，是指行为人着手实施某一犯罪行为以后，这一行为实际上有可能完成犯罪，但由于犯罪分子意志以外的原因，使犯罪未达到犯罪的既遂状态。例如，犯罪分子用枪杀人。枪是好的，射击也是在有效射程之内，但开枪后，未能射中被害人，但行为人所采用的工具、使用的方法和针对的对象，都存在着完成犯罪的可能，如果不是遇到客观障碍，行为完全有可能完成犯罪，这就是能犯的未遂。

不能犯的未遂，是指行为人着手实施犯罪行为以后，由于对有关犯罪事实情况的认识错误，而使犯罪不可能达到既遂。不能犯的未遂又可分为两种情形：一是犯罪分子对作案工具的性质产生了错误的认识。即选择了不能完成犯罪的工具，从而使犯罪不可能完成。理论上称之为工具不能犯。例如，将白糖等无毒物当作砒霜杀人，将玩具手枪当作真枪杀人，都不可能完成犯罪；二是行为人对犯罪对象是否存在或对犯罪对象的特性产生了错误的认识，以致不可能完成犯罪，而导致犯罪未遂。这种情况理论上称之为对象不能犯。例如误将尸体当作活人实施杀人，误把男子当作妇女实施强奸，等等，都不可能完成犯罪。

在不能犯的情况下，行为虽然不可能完成犯罪，但从主观上看，行为人具有犯罪故意，对自己行为的危害社会的性质也有清楚的认识；客观上，行为人已经在犯罪故意的支配下实施了犯罪行为。如果不是行为人的认识错误，就可能完成犯罪，达到犯罪既遂。能犯的未遂与不能犯的未遂所反映的社会危害性是有所区别的。一般情况下，能犯的未遂比不能犯的未遂具有更大的社会危害性，量刑时应区别对待。[3]

认定不能犯，应将不能犯与愚昧犯（亦称幻想犯）加以区别。所谓愚昧犯，是指行为人出于愚昧无知而使用任何情况下都不可能产生危害结果的迷信或超自然的方法以实现其犯罪意图的情况。愚昧犯有两种基本的类型：“一是基于封建迷信而企图用超自然的力量作为手段实施犯罪，……另一种是基于极端的愚昧无知，而确信某些根本不可能造成危害结果的手段来实现自己的犯罪意图，并付诸实施。”^[4]愚昧犯出于无知，其行为对犯罪客体不存在真正的危害或威胁，所以，其行为不能认为是犯罪行为，不是刑法上的危害行为。现代刑法对愚昧犯一般不以犯罪论处或免除处罚。愚昧犯同刑法中的不能犯十分相似。愚昧犯与工具不能犯行为人主观上都有犯意，都希望危害结果的发生，客观上两者都实施了一定的行为并且都没有发生实际的危害结果，所以在某种意义上，愚昧犯也是不能犯。但两者有原则区别。我国刑法学界有一种观点认为，迷信犯与不能犯，从主观上看，二者的认识内容是截然不同的。迷信犯对自己行为的性质和作用的认识，是违反常识，超乎自然的，这正是其愚昧无知的表现，而不能犯未遂，行为人对自身行为的性质和功能的认识，是合乎人类认识的客观规律，从客观上看，不能犯以行为人事先对犯罪行为正确认识为前提的，由于意志以外的原因，犯罪未能合乎规律地发展到既遂状态，而在迷信犯の場合，迷信行为的实施是以行为人对事物的违反科学的错误认识为前提的，它在任何情况下，都不可能对外界造成危害。^[5]这些区分的标准实在是无道理。不能犯的情况下，行为人对所实施犯罪用的工具的性质，方法的性质并没有发生错误，砒霜确系毒物，只是选用时发生了错误，如行为人没有这种错误认识，危险结果是完全可以发生的，没有发生危害结果是出于犯罪分子意志以外的原因。因而成立犯罪的未遂。^[6]而迷信犯则一开始就对犯罪手段发生错误认识，他对选用的工具本身并没有错误认识，只是对工具性质发生了错误认识，这种手段本身就不能发生社会危害性，对社会还构不成实际的危险，故没有追究刑事责任的主客观基础。换句话说，将白糖误认为是砒霜而投毒，是不能犯，而认为白糖能致人死亡而投毒，则是愚昧犯。

三、未遂犯的刑事责任

《刑法》第23条第二款规定：“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”所谓未遂犯，实际上就是犯罪未遂的行为人。根据刑法的规定，我国刑法对未遂犯的刑事责任是采取“得减主义”的立场。即一般情况下，未遂犯的刑事责任应轻于既遂犯，即比照既遂犯从轻或者减轻处罚。具体到从轻或者减轻处罚的幅度，应考虑未遂行为距

离既遂的远近程度，未遂行为的不同类型，未遂行为有无造成其他危害结果或危害结果的大小等情况全面分析。对于极少数犯罪性质特别严重、情节特别恶劣，手段特别残酷或者危害后果严重的未遂犯，也可以不从轻处理。